BIBLIOTECA DE JURISPRUDENCIA, FILOSOFIA É HISTORIA

DE LA VOCACIÓN DE NUESTRO SIGLO PARA LA LEGISLACIÓN Y PARA LA CIENCIA DEL DERECHO

POR

F. DE SAVIGNY

MADRID
LA ESPAÑA MODERNA
Cuesta de Santo Domingo, 16.

1.533.—IMPRENTA DE AGUSTÍN AVRIAL,
San Bernardo, 92.

PRÓLOGO

Faltos de la preparación suficiente y sin tiempo para procurárnosla, no intentaremos poner al frente de esta traducción española de una de las obras más originales y más interesantes de Savigny, el estudio detenido que requeriría. Limitarémonos, pues, á decir breves palabras acerca del autor, y brevísimas sobre la significación é importancia que la obra tiene en la historia moderna del Derecho.

I

Federico Carlos de Savigny, el célebre y conocidísimo iniciador y mantenedor de los principios de la escuela histórica del Derecho, nació en Francfort, el 21 de Febrero de 1779, de una familia oriunda de Francia. Huérfano de padre y madre á los trece años, vivió luego al cuidado de Neurath, asesor de la Cámara imperial de Wetzlar, quien hubo de dedicarle al estudio del Derecho con el propósito firme de hacer de él un

verdadero jurisconsulto. En 1795, Savigny estaba en la Universidad de Marburgo, donde fué discípulo muy personal de Weiss, quien influyó muchísimo en la dirección que al fin habían de tomar sus estudios como romanista. Siguiendo la laudable y fecunda costumbre de los estudiantes alemanes que, como es sabido, emigran de Universidad en Universidad en busca del mejor profesor de la especialidad que estudian, pasó Savigny en 1796 á la Universidad de Göttinga, en donde siguió el curso del historiador Spittler, volviendo más tarde á Marburgo, para recibir en 1800 el grado de doctor, escribiendo entonces la célebre disertación acerca de *De Concursu delictorum formali* (1).

Savigny estaba en circunstancias muy favorables para dedicarse con alma y vida á aquella de las profesiones, que siendo conforme con su vocación de jurista, le procuraba la libertad necesaria para la formación completa de su personalidad científica. Era rico, y estaba dotado de gran independencia de carácter: con tales condiciones, el profesorado universitario constituía la ocupación más adecuada á sus aspiraciones y gustos. Así que, á los veintiun años, doctor ya, se hizo *privata docent*, atrayendo muy pronto la atención de las gentes, que acudían en gran número á escuchar de sus labios las sabias enseñanzas que tan alto habían de colocar su nombre.

La primera obra verdaderamente importante que Savigny públicó, fué el célebre y discutidísimo *Trata-*

(1) V. Mignet, *Notice historique de la vie et des travaux de M. de Savigny* (cit. por el Sr. Durán y Bas en su prólogo á la trad. esp. del *Derecho romano actual*). V. tambien *Della vita scientifica e delle opere di Savigny e della importanza della scuola storica di Diritto*, publicada al frente de los *Trattati di Giurisprudenza storica*, de Savigny.

tado de la Posesión. Realmente fué éste un fenómeno de extraordinaria precocidad, si vale la palabra. En efecto, ese libro, que ha hecho gemir las prensas de un modo tan constante, que ha provocado la formación de una de las más ricas y potentes literaturas jurídicas modernas, fué publicado por Savigny el año 1803, es decir, cuando apenas tenía veinticuatro años. No es este el lugar propio de emitir un juicio acerca del *Tratado de la Posesión.* Sería, por lo demás, una pretensión ridícula, querer decir aquí nada original ó nuevo acerca de ese libro, que ha sido analizado y criticado página por página quizá, que tantos defensores apasionados y tantos detractores violentos ha tenido, mucho más después de la revisión admirable que de sus ideas capitales hizo el ilustre Ihering (1). Baste sólo afirmar, que aunque de sus doctrinas capitales subsista tan poca cosa, como este insigne jurisconsulto afirma, siempre quedará como una de las obras en que se consagra el gran movimiento de renovación de los métodos de investigación histórica del Derecho. La escuela histórica que en Hugo tiene ya su primer impulso, encontró en el *Tratado de la Posesión* de Savigny su fórmula.

Una vez publicada esta obra, las principales universidades alemanas se disputaron el honor de contar á Savigny entre sus profesores. La amplia libertad y la positiva autonomía científica que de antiguo gozan los centros universitarios de Alemania, les permite este

---

(1) *Teoria de la posesion* (edic. española).—La crítica, no sólo de la doctrina de la posesión, sino del método formalista de investigación y construcción jurídica de Savigny, la hace Ihering en la *Teoría de la posesión* (primera monografía *De la protección posesoria*) y en *La Voluntad en la posesión* (que viene á ser continuación de la anterior).

género de fecunda rivalidad. En cuanto un profesor sobresale, en cuanto se revela en el país un hombre eminente en cualquier ramo del saber, las universidades se lo disputan. Todas quieren tenerle en su seno para atraer á él la juventud estudiosa. Savigny no acudió entonces al llamamiento universitario; dedicóse algún tiempo á recorrer las bibliotecas de Heidelberg, de Stuttgard, de Tubinga, de Estrasburgo. En 1804 fué á París. Su afán entonces era acopiar materiales, hacer investigaciones sobre las fuentes, examinar los códigos, á fin de preparar su historia de los glosadores.

Hacia el año 1808, el ya célebre historiador jurisconsulto, aceptó el puesto de profesor en la universide Landshut, pasando en 1810, por llamamiento de Guillermo de Humboldt, ministro á la sazón de Instrucción pública, á una cátedra de la naciente universidad de Berlín. Allí fué donde conoció á Niebuhr, y allí fué donde acabó de formarse y producirse su gran personalidad científica.

Aunque Savigny fué ante todo un hombre de ciencia, cuya vida se consagró á la investigación de los más altos problemas de la historia del Derecho, sin embargo, desempeñó también importantes cargos oficiales, siendo, por otra parte, consagrado su mérito por las principales sociedades científicas de Europa. Savigny perteneció al Senado y Tribunal universitario: en 1817 entró á formar parte del Consejo de Estado, y desde 1819 fué consejero del Tribunal de Revisión y Casación, demostrando además en sus constantes relaciones con los más distinguidos jurisconsultos de Alemania y de fuera de Alemania, una actividad infatigable.

Savigny escribió muchísimo. La mayoría de sus

trabajos son disertaciones monográficas acerca de puntos de historia jurídica, de Derecho romano sobre todo, y algunas relativas á problemas del momento. Muchos de estos estudios se encuentran en la *Revista de Jurisprudencia Histórica*, que para defender los principios de su escuela publicó (1815), con la ayuda de Eichörn y Gosscheng (1). Como obras de mayor alcance y más conocidas pueden señalarse las siguientes: en primer término, el ya citado *Tratado de la Posesión* y el presente opúsculo sobre la *Vocación de nuestro tiempo para la legislación y para la ciencia del Derecho;* luego está la famosa *Historia del Derecho romano de la Edad Media*, en que modifica el primitivo plan de la historia de los Glosadores (2), y la cual consta de seis volúmenes. Por último, tenemos la que puede considerarse como más importante entre todas, sobre el *Sistema del Derecho romano actual*, en la que se resumen orgánicamente los estudios todos de la escuela histórica, sistematizando sus principios y las conclusiones que de la larga y encarnizada lucha entre los jurisconsultos alemanes pueden inferirse. La parte general de esta grande obra hállase distribuida en ocho volúmenes, que comprenden, aparte de lo que constituye el verdadero corazón de la misma, varias magníficas monografías sobre puntos capitales del derecho, puestas siempre

(1) Hé aquí una indicación de las principales: Elementos para la historia de los testamentos romanos; Sobre el colonato romano: Tutela de los menores y la *Lex Plaetoria*: Origen y progresos de la Latinidad: Sobre el *Jus Italicum*: Relaciones de la centuria con la tribu: Del Interdicto *Quorum Bonorum*: Crítica de la historia del Derecho Romano de Hugo: Sobre la *Lex Cincia de donis et muneribus:* El sistema romano del impuesto: Savigny escribió también un estudio *Sobre la enseñanza del Derecho en Itatia*, etc., etc.

(2) Véase el Prefacio de este gran libro.

á guisa de *Apéndices*. De la que puede llamarse parte especial, se publicaron dos gruesos volúmenes relativos á *Las Obligaciones*.

II

Veamos ahora, también muy brevemente, en qué circunstancias se publica *La Vocación de nuestro siglo para la legislación y para la ciencia del Derecho*. Debe verse en ella, de un lado, una manifestación, entre otras, de la fuerte tendencia realista, fundamentalmente histórica, que hacia fines del siglo pasado y principios del presente se acusa en Francia mismo, pero sobre todo en Alemania, bajo el especial influjo del estudio directo del Derecho romano. Pero además de esta significación general, el interesante opúsculo á que nos referimos, tiene una más propia y especialísima en la historia de las ideas jurídicas modernas, y hasta en el desarrollo de la *política legislativa* de Alemania. Representa todo un programa de una gran tendencia científica y práctica á la vez en la filosofía del derecho positivo, la tendencia iniciada por Hugo y que tantos y tan preclaros partidarios tuvo en la Europa toda, y á quien tantísimo debe la formación sólida y fundamental de la ciencia del Derecho en nuestros tiempos. Lo que se dice en el libro de Savigny, hoy que el positivismo ha surgido y ha arraigado con sus métodos realistas en todas las ramas del saber, parecerá poco, acaso templado, quizá prudente con exceso, pero debe pensarse que ese libro

se publicó cuando no se podía presumir siquiera la doctrina actual del positivismo, y entonces, á poco que se medite y se considere la perspectiva histórica, se pondrán en su punto, según su valor verdadero, las ideas *nuevas* y *atrevidas,* precursoras de toda una gran revolución científica en el porvenir, que *La Vocación de nuestro siglo para la Legislación* entraña.

Mas veamos cómo se publicó este libro.

Hacia el año 1814, cuando, destruido el gran imperio napoleónico, Alemania fué reintegrada en su independencia, ante el espectáculo que este pueblo ofrecía, maltrecho y dividido interiormente, produjéronse por do quier fuertes y vigorosas corrientes filosóficas, literarias jurídicas, sociales, políticas y de todo género, encaminadas á dar forma y vida á la unidad nacional. En el Derecho, manifestóse este universal deseo con la aspiración á unificar los derechos positivos de los diferentes países de la raza germánica. Ahora bien; entre las voces elocuentes y autorizadas que entonces se levantaron para procurar tal unificación, aconsejando el camino que debería seguirse, resonó, distinguiéndose entre todas, la del célebre adversario de Savigny, Thibaut. Proponía éste como el medio más adecuado para favorecer en las mejores condiciones posibles la unificación del derecho nacional, la formación de un Código común á todos los países de Alemania. Las ideas capitales en que este filósofo y jurisconsulto se apoyaba, expuestas están en la obra que puede considerarse como complemento á su modo, de la presente y la cual habla acerca de la *Necesidad de un Derecho civil común para Alemania* (1). Son tales

(1) *Über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgelichen Rechts fur Deutschland,* 1814.

ideas sencillas, claras, de las que seducen fácilmente aunque encubran un fondo discutible y hasta erróneo. Una legislación, decía, debe ser tan perfecta como sea posible en su forma, y en su materia; esto es, de estilo claro, propio y preciso, y de instituciones verdaderamente nacionales. La aspiración íntima y fundamental de una legislación debe ser la fijeza en las reglas, la seguridad en las divisiones, la universalidad en las fórmulas; nada de esto hay, añadía luego, en las legislaciones alemanas, ni puede buscarse tampoco en el Derecho romano, derecho histórico, antiguo, de eruditos, mal conocido, y, en suma, perfectamente inadaptable al pueblo (1). Thibaut, lleno de fe en las obras artísticas y reflexivas del Derecho, confiadísimo en la eficacia de las fórmulas legales, proponía sintetizar en un Código las reglas jurídicas, claras, precisas, universales y adaptadas á la Alemania toda. La gran autoridad de Thibaut, el exterior simpático de su teoría, á más del sentimiento nacional en que se inspiraba, hicieron que de todas partes se levantaran voces amigas, y que poco á poco se produjeran corrientes de favor. Fuerbach en Munich, Schmidt en Jena, Pfeifer en Cassel, á más de Gœnner, se pronunciaron en pro de la necesidad preconizada por Thibaut, de dotar á Alemania de un Código general, que aclarase la gran confusión reinante en el Derecho civil positivo, entonces vigente (2).

En estos momentos fué cuando se publicó *La Vocación de nuestro siglo para la Legislación.* Savigny, jurisconsulto profundo, conocedor como pocos del Derecho romano, y además dotado de un sentido realista

(1) Thibaut, *Ob. cit*, passim.
(2) V. *Della vita scientifica di Savigny*, etc., citado antes.

de la historia verdaderamente especial y admirable, veía, como Thibaut, la necesidad de unificar el derecho, de coadyuvar desde este lado á la formación de Alemania; pero no creía oportuno, para lograrlo, la formación de un Código, porque un Código no puede ser la obra del capricho: no *se hacen* los Códigos eficaces, orgánicos, expresión formal y sistemática del derecho positivo, en un momento dado y cuando se quiere, sino que *se producen* cuando las condiciones y las circunstancias de la cultura jurídica, del amor universal al derecho los permiten, ó, mejor quizá, *los imponen*. En opinión de Savigny, estas condiciones no las poseía Alemania en 1814. Para defender esta tesis, capital en la lucha violentísima que entre la escuela *histórica* de Savigny y la *filosófica* de Thibaut, se produjo, desarrolló el primero las ideas profundas que llegaron á constituir más tarde el credo fundamental de una de las tendencias más importantes que en nuestro siglo han imperado en la filosofía del derecho positivo. Savigny demostró, con el apoyo eficacísimo del Derecho romano, el carácter esencialmente popular, nacional, humano, en suma, del derecho (el derecho es obra, no de la voluntad arbitraria, según pretendía Rousseau, sino de la conciencia, del espíritu del pueblo): afirmó la importancia de la costumbre, como fuente del derecho positivo; acentuó la necesidad de estudiar la historia íntima de los pueblos, como medio de penetrar en su espíritu y de comprender así, cómo en él se elabora el derecho, *su derecho*; por último, determinó, frente á las exageraciones de Thibaut, y contra la tendencia abstracta de la filosofía rousseauniana, la tarea modesta del legislador, cuyo papel no debe ser *crear* el derecho, *inventarlo*, sino más bien depurarlo y ordenarlo en vista de las corrientes domi-

nantes en el seno mismo de las sociedades ó mejor de los pueblos. Pero, ¿á qué insistir? Estas ideas, y muchas otras, puede verlas el lector desenvueltas, con el vigor de pensamiento y la claridad grandísima que son características en Savigny, en el folleto que va á continuación.

No nos sentimos animados á hacer aquí una crítica de las opiniones que Savigny mantiene en esta obrita, y menos de las que constituyen el amplio programa formulado á la larga, por los numerosos defensores de la escuela histórica (1). Ya queda dicho que sólo brevísimas palabras dedicaríamos á dar cuenta de *La Vocación de nuestro siglo para la Legislación y para la Ciencia del Derecho*. Sin duda hay, en medio de lo mucho aceptable entre lo que dice Savigny, algo que suscitaría graves reparos. Bastaría, sin fijarse en los detalles de su idea, contemplar el carácter general de la tendencia, para ver que envuelve el germen de posibles peligros y corruptelas perjudiciales. En los principios de la escuela histórica pueden encontrar no pocos argumentos, todos los *quietismos* políticos imaginables, todas las paralizaciones intencionadas del progreso, todas las oposiciones contra las reformas más necesarias y hasta los *autoritarismos* absolutistas. Por otra parte, una concepción de la historia humana, según los principios de la escuela histórica, no puede considerarse como la fórmula más exacta de la historia real y positiva. En efecto, lo que se llama el derecho no se ha formado sólo *orgánicamente*, y en pacífica evolución... la lucha (desgraciadamente), ha sido siem-

(1) V. Stahl, *Historia de la filosofía del derecho*, edic. esp., página 663. Puede consultarse Vanni: *I giuristi della scuola storica di Germania* (1885).

pre una de las formas empleadas por la humanidad para hacer imperar lo que por derecho ha querido entender... Pero repito que no debemos hacer aquí crítica de ningún género. Quien quiera ver admirablemente expuestos estos y otros reparos de índole análoga contra la escuela histórica, que lea el precioso opúsculo del maestro Ihering acerca de *La Lucha por el derecho* (1).

Para terminar, conviene advertir que, aunque se trata de un librito escrito hace tanto tiempo, no se puede considerar como anticuado. Nada de eso. Aparte de que, como obra de Savigny, no podía envejecer tan pronto, no hay inconveniente en afirmar que mucho de lo que en ella se dice, se debe conceptuar como de palpitante actualidad en España.

Una consideración brevísima justificará esto último. No nos referiremos á cuanto en el libro de Savigny se dice respecto del Derecho romano y de la enseñanza universitaria, que probablemente nos viene como anillo al dedo, pero sí recordaremos que poco ha se acometió entre nosotros y se llevó, no diremos que á *feliz* término, el Código civil; pues bien; hay párrafos en el libro de Savigny, que parecen escritos *en honor* de la obra imperfecta inorgánica, y superficial de nuestros desorientados legisladores.

A. POSADA.

(1) Traducido por A. Posada. V. el Prólogo de L. Alas.

INTRODUCCIÓN

En muchos países de Alemania se ha sentido en estos últimos tiempos el deseo de una mejor organización de la justicia civil; y este deseo, después de haber pasado inadvertido durante largo período para nuestros gobiernos, ha llegado al fin á ser secundado por el común consejo de los hombres de Estado y de las gentes doctas. Un motivo, sin embargo, más noble que la mera necesidad, ha provocado esta adhesión; tal es el sentimiento de que, en virtud de la pasada opresión de la nacionalidad alemana, se ha producido en todos los ánimos no perezosos el deseo de mostrarse dignos de la época actual. Por eso no es una vana presunción, sino cosa justa y laudable, que quien sienta en su alma la vocación del siglo, lo proclame altamente, y que en esto los legistas se esfuercen por no ser los últimos. Precisamente en el Derecho civil es donde la diferencia entre la edad pasada y la actual se ofrece más palmaria. Muchas cosas, sin duda, pueden resultar malas entre los particulares, bien por defecto de inteligencia ó por otra causa, pero siempre estarán en libertad de exigir lo justo y lo bueno. Ahora bien; la cosa lleva en sí su fin y su destino. Los príncipes pueden de nuevo secundar al pro-

pio convencimiento y poner su honor en el bien común. Mas ¿quién podría decir lo mismo de la época transcurrida? Cuando el Código francés se insinuara en Alemania, y á modo de gangrena se propagaba sin cesar su acción corruptora, nunca, ó sólo muy raramente y con frases vacías, se aludía á ningún principio informador: todo tendía á un fin externo, completamente extraño á la esencia propia del Código: tendencia en sí misma condenable, sin considerar además que semejante fin era el más pernicioso de todos. Y por eso entonces todo esfuerzo resultaba infructuoso. Los que en aquella época hablaron, ó estaban voluntariamente ligados á la mala causa, ó bien parecían como engañados por no haberla comprendido: los más tomaban parte sólo en la ejecución como hombres de negocios, sin creerse en el caso de emitir un juicio: elevóse, sí, alguna que otra voz, ya á exhortar, ya á condenar, ya á anunciar, ya á dirigir; pero el suceso pasaba inadvertido. El poder de nuevo experimentar el efecto de una diversidad de opiniones, y de nuevo hacer surgir dudas y conflictos sobre las decisiones, es uno de los beneficios con que Dios nos ha colmado, porque sólo de un contraste semejante puede surgir una unidad viva y estable: la unidad del convencimiento, á la cual tendemos hoy en todas las cosas morales. Mas presentaremos dos especies de contiendas: la una batalladora y fuerte; la otra reposada y suave. Acudimos á aquélla cuando encontramos reprobables el objeto y el fin: nos mantenemos en la segunda cuando se trata de indagar los medios para un fin digno y laudable. La primera encontraría aplicación oportuna, aun no tratándose del Código francés, si cualquiera quisiera sostener que estamos á tiempo para que los Estados particulares de Alemania se aislen unos de otros, hacien-

do concurrir á este fin el derecho, y debiendo cada gobierno realizar la obra de compilar un Código particular para cada Estado respectivo, con el objeto de destruir hasta en este punto cuanto exista de común y recuerde la unidad de la nación. Opinión esta que dista mucho de ser un producto espontáneo de las conciencias privadas, por más que ciertos gobiernos la sostengan abiertamente, si bien un cierto pudor les impide manifestar que la profesan, no habiendo sido, que yo sepa, defendida en escritos relativos al Derecho civil.

Muy de otra suerte se halla la cuestión respecto de otros proyectos, que hasta ahora se conocen sobre este asunto. Acerca de ellos es posible disentir y mantener una controversia tranquila, que conduzca, si no al acuerdo y conformidad entre los que discuten, á lo menos á un conocimiento más perfecto de la materia. De las dos opiniones de que tengo noticia acerca de la ordenación del Derecho civil, la una tiende á restablecer las antiguas condiciones, y la otra quiere la formación de un Código común para toda la Confederación Germánica. Para esclarecer la segunda, es menester hacer aquí algunas reflexiones, toda vez que suele ser considerada históricamente desde un doble punto de vista. Ante todo, se la encuentra estrechamente relacionada con muchas opiniones é investigaciones semejantes, de la última mitad del siglo XVIII. En aquel tiempo surgiera en Europa un ciego ardor por la organización: se había perdido todo sentimiento y todo amor por cuanto había de característico y de grande en los demás siglos, al par que por el natural desenvolvimiento de los pueblos y de las instituciones, es decir, por todo aquello que la historia produce de más saludable y provechoso, fijando exageradamente la atención en la época actual, que se creía

destinada nada menos que á la efectiva realización de una perfección absoluta. Este movimiento se manifestó en todas direcciones: es notorio cuánto por él se ha perdido en religión y en política, no pudiendo por lo demás desconocerse cómo por una natural reacción, hubo de provocarse en todas partes una nueva y más vigorosa tendencia. Semejante movimiento no dejó de obrar también en el Derecho civil. En su virtud se pedían nuevos Códigos, los cuales, con sus perfecciones, debían garantir una mecánica exactitud en la administración de la justicia; de modo que el magistrado, dispensado de todo juicio propio, debía limitarse á una simple aplicación literal de la ley. Debían, además, estos Códigos estar completamente libres de toda histórica influencia, y por obra de una solemne y extraña abstracción, debían adaptarse á todos los pueblos y á todos los tiempos. Sería, en verdad, injusto atribuir á meros é infatuados sofistas semejantes tendencias y aspiraciones sólo: había entre sus mantenedores no pocas excepciones honrosas, que traducían fielmente el pensamiento del pueblo; no estando, por lo demás, en manos de los gobiernos impedir todas las aplicaciones, siendo bastante si se conseguía templar y restringir tan fogosa tendencia.

Si ahora tratamos de comparar la edad presente con la que dejamos descrita, tendremos realmente motivos para congratularnos. El gusto histórico se ha despertado por doquiera, y ante él no encuentran apoyo aquellas arrogancias infundadas; y si aún se siente el contagio en los escritores noveles, ya no es ese el espíritu dominante. No resulta menos satisfactorio en parte, el parangón, respecto de los proyectos de Códigos á que antes nos referíamos. Apartándose de las teorías exageradas, los autores dirígense ahora

hacia un fin práctico y determinado, fundando sus razones sobre sólidos motivos. Pero en el examen de aquel período encontramos la ventaja de poder consultar la experiencia, toda vez que bajo el imperio de aquellas opiniones se produjeron uno tras de otro tres Códigos para los tres grandes Estados de Europa. Estos, y en parte sus efectos, están ante nuestra vista, y sería imperdonable despreciar la lección que pueden darnos, alentándonos ó deteniéndonos.

Por otro lado, aquellos proyectos van unidos á una opinión general sobre el origen del derecho positivo, la cual hace mucho tiempo que dominaba ya en la gran mayoría de los juristas alemanes. Según esta opinión, todo derecho, en su estado normal, no es más que el resultado de la ley, esto es, de los actos emanados de la potestad suprema del Estado; la ciencia del Derecho atiende únicamente á la materia de semejantes actos; así, el contenido de la legislación misma, al igual que el de la ciencia del Derecho es, completamente accidental y variable, siendo perfectamente posible que el derecho de hoy sea en un todo distinto del de ayer. Por donde un Código perfecto estímase una necesidad capital, y sólo cuando falta, se cree poder recurrir, como por triste necesidad, á la ayuda del derecho consuetudinario, que se conceptúa, por lo demás, vago é insuficiente suplemento.

Semejante opinión es bastante más antigua que la otra que dejamos indicada; ambas, sobre muchos puntos, se han combatido recíprocamente; pero en no pocos han llegado á un acuerdo. Muchas veces ha servido como término de concordia el convencimiento de que hay un práctico derecho natural ó racional, ó como quiera llamarse, una especie de legislación ideal buena para todos los tiempos y para todos los casos,

la cual es preciso descubrir á fin de perfeccionar definitivamente el derecho positivo.

Si tal opinión, acerca del origen del derecho positivo, es ó no fundada, es lo que va á verse en las consideraciones que siguen.

CAPITULO PRIMERO

Origen del derecho positivo.

Preguntaremos ante todo á la historia cómo se ha desenvuelto realmente el Derecho entre los pueblos primitivos, con el fin de procurar ver y juzgar qué es lo que hay en ese desenvolvimiento de necesario, de útil y de censurable.

En todas las naciones, cuya historia no ofrece duda, vemos al Derecho civil revestir un carácter determinado, peculiar de aquél pueblo, del propio modo que su lengua, sus costumbres y su constitución política. Todas estas diferentes manifestaciones no tienen, en verdad, una existencia aparte, sino que son otras tantas fuerzas y actividades del pueblo, indisolublemente ligadas, y que sólo aparentemente se revelan á nuestra observación como elementos separados. Lo que forma un solo todo es la universal creencia del pueblo, el sentimiento uniforme de necesidades íntimas, que excluye toda idea de un origen meramente accidental y arbitrario.

De qué modo se manifiestan semejantes actividades características, que hacen de cada pueblo un individuo, es una cuestión que no puede ser resuelta por

medio de la historia. En ciertos tiempos, de que no estamos muy lejanos, ha dominado la creencia de que la infancia de la sociedad se ha pasado en una condición perfectamente animal, la cual, merced á un sucesivo desenvolvimiento, se fué cambiando en una existencia cada vez mejor, hasta que al fin llegó á alcanzar la altura de civilización en que ahora se encuentra. Podemos prescindir, desde luego, de tal doctrina y limitarnos al hecho de este primer estado en que indudablemente se ha encontrado el Derecho civil, tratando de determinar los rasgos generales de un período en que el derecho vive al igual que la lengua en la conciencia popular.

Esta juventud de los pueblos es ciertamente pobre de ideas, pero tiene la ventaja de una plena conciencia de su ser y de sus condiciones, y en ella vive sintiéndola profundamente, mientras en nuestra sociedad, tan artificiosamente complicada por tantos elementos, estamos oprimidos por nuestra misma abundancia, que no podemos gozar y aprovechar plenamente. Aquella clara y natural condición manifiéstase principalmente en el Derecho civil, y así como ocurre en cada hombre que en virtud de la propia estimación adquieren importancia sus relaciones familiares y sus bienes, así por razones semejantes se hace posible que las decisiones del derecho lleguen á ser cosa del conocimiento popular. Estas funciones intelectuales necesitan pues de un organismo, por decirlo así, material, que procure estabilidad á su ejercicio. La lengua lo encuentra en el constante y no interrumpido uso que de ella se hace, el gobierno en la visible autoridad que le está confiada; pero, ¿dónde lo encontraremos para el Derecho civil? En nuestra época se nos ofrece en los cánones promulgados por medio de

la escritura y de la palabra. Pero semejante arte de organización supone ya un grado de abstracción, al cual no pueden elevarse las edades primitivas. En éstas encontramos, por el contrario, actos simbólicos, en los cuales, los principios del Derecho toman vigor y fuerza, cuando no resultan absorbidos y dominados.

La sensible evidencia de estos actos es manifiestamente la que mantiene el derecho bajo una forma determinada, y su gravedad y solemnidades están en relación con la importancia en que se tienen en aquel período los principios jurídicos que se consideran como característicos.

En el uso dominante de estos actos formales concuerdan, por ejemplo, las razas germánicas con las antiguas italianas, sino que en las últimas esas formas aparecen más determinadas y más regulares, lo que puede muy bien depender de su diversa constitución. Semejantes actos simbólicos pueden considerarse como la verdadera gramática del derecho en el período á que nos referimos, siendo cosa digna de ser notada, que la tarea principal de los antiguos jurisconsultos romanos, consistía precisamente en mantener y aplicar exactamente estos actos. En estos últimos tiempos con frecuencia los hemos despreciado, como patrimonio de la barbarie y como superstición indigna de nuestra civilización, habiéndonos estimado como superiores porque no los necesitábamos; sin embargo, no se ha tenido en cuenta siempre, que también nosotros nos hallamos rodeados por todas partes de formas jurídicas, á las cuales, por lo demás, falta la mejor ventaja que las primeras tenían, esto es, la evidencia ó sea la fe popular, ya que sólo se ve en ellas una especie de traba arbitraria, algo así como un obstáculo inútil.

En esta manera parcial de considerar los tiempos

primitivos, nos parecemos en verdad á aquellos viajeros que, visitando la Francia, se admiraban al oir que en esta tierra los niños sabían hablar desde muy temprana edad y fácilmente el francés.

Esa natural dependencia del derecho de la costumbre y del carácter del pueblo, se conserva también con el progreso del tiempo, no de otro modo que en el lenguaje.

Al igual que para éste, para el derecho no hay un solo instante de reposo. El mismo movimiento, el mismo desenvolvimiento se verifica en él que en cualquiera otra tendencia del pueblo, y semejante desenvolvimiento está bajo la misma ley de intrínseca necesidad, como cualquiera otra primitiva manifestación. El derecho progresa con el pueblo, se perfecciona con él, y por último perece cuando el pueblo ha perdido su carácter. Pero este interior progreso, existente también en los tiempos de mayor cultura, es en ellos muy difícil de estudiar. A la verdad, según hemos declarado antes, el derecho vive en el común conocimiento del pueblo; y á considerarlo por ejemplo, en el Derecho romano, es esto cierto respecto de sus rasgos fundamentales, así en lo tocante á la índole general del matrimonio, de la propiedad, etc., etc.; pero luego se ve que no se puede decir lo mismo en cuanto á la infinita suma de detalles que v. gr. nos presentan las Pandectas. Esta dificultad nos lleva á una nueva manera de ver el desenvolvimiento del derecho. De hecho se puede observar cómo en una civilización creciente, las varias actividades del pueblo se van constantemente separando, y cómo cuanto en un principio era un mismo conjunto, se divide en múltiples ramas distintas: ahora bien; una de esas ramas toca á los juristas. En esta condición, el derecho se perfecciona del

lado del lenguaje y toma un aire científico, y lo que antes vivía en la conciencia popular, conviértese en adelante en materia de la competencia de los juristas, que en tal concepto vienen á representar al pueblo. La existencia del derecho, á partir de aquí, se hace cada vez más artificiosa y más complicada, porque, sin dejar de vivir de la vida del pueblo, se produce al par otra vida, como obra especial de la ciencia, en manos de los juristas. El influjo simultáneo de este doble principio de vitalidad, explica todas las manifestaciones ulteriores, comprendiéndose también cómo aquella gran masa de detalles particulares, puede nacer expontáneamente de las costumbres, sin arbitrio ni designio preconcebido. En gracia á la brevedad, designaremos con la expresión *elemento político* del derecho, la dependencia en que está respecto de la vida social del pueblo, designando además su vida separada y científica como *elemento técnico*.

Según lo expuesto, el derecho será en el mismo pueblo en épocas distintas, derecho natural (en un sentido diferente del derecho natural de que comúnmente se habla) ó bien derecho científico, según que predomine uno ú otro elemento, ya que una separación absoluta entre ambos es seguramente imposible. En los Estados republicanos podrá el principio político conservar más tenazmente un influjo inmediato, que en los Estados monárquicos; en la república romana, como en ninguna otra parte, un gran conjunto de circunstancias contribuyeron á mantener vivo semejante influjo, aun en los momentos de incremento de la civilización. Pero en todo tiempo, y bajo cualquier forma de gobierno, este elemento muestra su acción en distintas aplicaciones, allí donde en una esfera menos amplia, una necesidad misma, frecuentemente re-

novada, hace posible un conocimiento general del pueblo. Así, en la mayor parte de las ciudades se formará y mantendrá un derecho particular acerca de las transacciones con los criados y los alquileres de las casas, independientemente por igual de las leyes promulgadas y de la jurisprudencia científica; y éstos, después de todo, son los únicos progresos del universal derecho primitivo. Antes de los grandes trastornos que hemos sufrido en casi todas las instituciones, eran estas en los pequeños Estados alemanes bastante más numerosas que al presente lo son, porque algunas partes de las antiguas instituciones germánicas, se habían salvado á través del torrente de las revoluciones.

La síntesi de esta opinión es que todo derecho tiene su origen en aquellos usos y costumbres, á las cuales por asentimiento universal se suele dar, aunque no con gran exactitud, el nombre de Derecho consuetudinario; esto es, que el derecho se crea primero por las costumbres y las creencias populares, y luego por la jurisprudencia; siempre, por tanto, en virtud de una fuerza interior, y tácitamente activa, jamás en virtud del arbitrio de ningún legislador. Luego examinaremos si esta condición del derecho, que hasta ahora hemos designado sólo como un hecho histórico, es un beneficio ó un daño, y si se debiera desear á perpetuidad, pero aunque sea del mero lado histórico, exige una más peculiar determinación. Hemos empezado por la hipótesis de un desenvolvimiento originario, puro y no interrumpido; más adelante el ejemplo de Alemania mostrará la acción de un primer contacto con el derecho extranjero, y hará ver cómo indudablemente el influjo parcial de la legislación sobre el Derecho civil puede resultar, ya benéfico, ya nocivo. Para terminar, diremos que existen

grandes diferencias en los límites de la autoridad y de la aplicación del derecho. Así como, en efecto, un mismo pueblo se diversifica en ramas, y los Estados se unifican ó se desmembran, así también el mismo derecho debe ser ya común á varios Estados independientes, ya vario y distinto en un mismo Estado, guardando ciertos rasgos uniformes fundamentales, y revistiendo una diversidad grande en los detalles particulares.

Débese á Hugo, entre los juristas alemanes, el alto honor de haber combatido, en la mayoría de sus obras, esta opinión dominante, en lo que tiene de fundamental. Moeser es el otro á quien se ha aplaudido por haber tratado de aclarar la historia en relación con el Derecho civil: que su ejemplo no había de ser seguido durante largo tiempo por los juristas, era de esperar, porque, en realidad, no perteneció á su clase, y además no formó escuela ni escribió precisamente libros elementales.

CAPÍTULO II

Leyes y Códigos.

No es raro que ciertas leyes lleguen á modificar el derecho: y esto por varias razones.

En primer término, puede la modificación del derecho vigente ser una aspiración del legislador, cuando altos fines políticos así lo requieren. De hecho, cuando entre nosotros las gentes no conocedoras del derecho, hablan de la necesidad de una nueva legislación, de ordinario lo entienden de ese modo; una prueba palmaria la tenemos en la determinación de los derechos de propiedad. Ejemplos de esta naturaleza nos los da también la historia del Derecho romano: pocos durante la república: bajo Augusto dos tan sólo, aunque de gran peso, las leyes Julia y Papia Popea; muchas más bajo los emperadores cristianos. Que semejantes leyes son una inútil corrupción del derecho, y que se deben hacer muy parcamente, es cosa clara para quien no ignore la historia. A la parte *técnica* del derecho, atiéndese en ellas sólo por la forma, y en relación con el derecho anterior, relación esta que hace tal parte de la legislación, más difícil de lo que suele creerse.

Una segunda influencia, mucho menos conocida aún, ejerce la legislación sobre el Derecho civil. Pue-

den en verdad existir principios dudosos, que, por su naturaleza mudable, no tengan límites precisos, como, por ejemplo, las prescripciones, respecto de las cuales, sin embargo, la administración de justicia pide límites perfectamente definidos. Ahora bien; en ese caso puede intervenir una legislación de tal naturaleza, que purgue adecuadamente la costumbre, desvanezca tales dudas é indeterminaciones, y ponga en plena evidencia el derecho real, que es la verdadera voluntad del pueblo, manteniéndole puro. Roma tenía á este propósito una excelente institución en el derecho positivo, la cual aún podría, con ciertas reservas, encontrar su lugar propio en los Estados monárquicos.

Pero estas especies de influencias parciales no se consideran para nada, cuando se trata, como ocurre entre nosotros, de la necesidad de un Código general: atiéndese más bien á otros puntos. El Estado debe discutir y formular todo el conjunto de su derecho, de manera que resulte un libro, que vendrá á ser la fuente única, sustituyendo todas aquellas que anteriormente hubieran podido tener alguna autoridad. Ahora bien, en primer término, se podría preguntar de dónde deberá derivarse el contenido de semejante Código. Según una opinión, á que antes nos hemos referido, se ha sostenido por muchos que la fuente debe ser el derecho racional, sin que se haga caso alguno del existente. Sin embargo, aquellos á quienes estaba confiada la ejecución, y aquellos que de otro modo tenían un conocimiento práctico del derecho, rechazaron una decisión tan atrevida y ampulosa, y convinieron en que se debía formular el derecho vigente, aportando aquellas mejoras y modificaciones que por motivos políticos se conceptuasen necesarias. Que tal ha sido propiamente el criterio que ha presidido á la formación de los Códi-

gos modernos, es cosa que más adelante se pondrá de manifiesto. Como consecuencia de todo ello, el Código comprendería dos elementos: primero, el derecho ya existente; segundo, leyes nuevas. En lo relativo á estas últimas, es sin duda accidental que se promulguen con ocasión del Código ó en otra época; podrían, en verdad, no ser necesarias al formarse el Código. Así, en Alemania principalmente, su promulgación resultaría con frecuencia una superfetación, porque lo que sería nuevo para un país se encontraría antiguo en otro, en el cual no se trataría ya de la introducción de un derecho nuevo, sino de una amplificación de aplicaciones del derecho ya vigente entre razas afines. Para que nuestra investigación resulte ordenada, prescindiremos de las nuevas leyes y consideraremos tan sólo el esencial y principal contenido del Código. Debemos, pues, considerar el Código como el conjunto de todo el Derecho existente, con la sanción exclusiva del gobierno. El supuesto de esta sanción, como necesaria en una empresa semejante, es cosa natural en una época como la nuestra, en la cual, á causa de la gran actividad de los escritores, de la variedad de libros y del inseguro crédito de los mismos, es imposible que un libro ejerza un influjo preeminente y duradero sin la fuerza del gobierno. Si alguna vez no se tuvieran en cuenta estas condiciones, es que cabe muy bien que tal trabajo sea obra de los meros cultivadores del derecho, sin ingerencia ni sanción gubernativa. Tal fué, en verdad, el caso frecuente bajo el antiguo Derecho germánico, y tropezaríamos de seguro con grandes dificultades para hacer comprender á nuestros padres la diferencia entre un libro de derecho, obra privada, y un Código, diferencia que hoy nos parece tan natural y esencial.

Más preciso es que aquí nos atengamos á las opiniones actualmente dominantes. Realmente, es cosa clara, que la diferencia estará, propiamente en la ocasión y en la sanción, las cuales provienen del Estado, y no en la índole de la obra, la cual es en todo caso perfectamente técnica, y como tal propia de los juristas: en suspenso ya después de mucho tiempo la acción del elemento político del derecho en el Código que suponemos, se hace necesario escribirlo y adicionarlo, cosa que sin duda á los juristas toca. El deseo de un Código semejante y los efectos que de él se esperan son de dos especies.

El derecho, por su íntima condición, debe ante todo alcanzar el más alto grado de certeza, y á ésta debe acompañar una uniforme aplicación. Es preciso, pues, según esto, rectificar y definir los límites exteriores de esta aplicación, toda vez que en lugar de un derecho distinto para los diferentes lugares, se ha de procurar un derecho general nacional. Nos fijaremos aquí sólo en la primera de esas ventajas, pues de la segunda será mejor que hablemos más adelante, al tratar especialmente de Alemania.

Que aquellas intrínsecas ventajas dependen de la perfecta ejecución, es cosa evidente, resultando claro que por este lado lo mismo se puede perder que ganar. A este propósito, importa mucho notar lo que advertía con gran razón y sabiduría Bacon (1). Según éste, una obra como es la de un Código, no se debe emprender sino bajo la acción de una necesidad extrema, siendo preciso tener en cuenta las fuentes del derecho que estuvieren vigentes. Estimaba que todo

(1) Bacon: *De fontibus juris*, afor. 59-64. (*De augmentis scient.* L. 8. C. 3.)

debe aprovecharse mediante aceptación verbal, conservada con esmero é incesantemente consultada. Pero una obra semejante no se deberá emprender más que en aquellos tiempos en los cuales en punto á instituciones y á saber jurídico se esté sobre los precedentes, pues sería triste que por la ignorancia de los tiempos posteriores se mutilase la obra de la antigüedad (1). Lo que de esto puede inferirse fácilmente se ve: toda aquella parte del derecho vigente que no debe ser cambiada, sino conservada; se debe fundamentalmente reconocer y fielmente declarar, cosas estas que corresponden la una á la materia y la otra á la forma.

En lo que concierne á la materia, el problema más importante y más difícil es el de la perfección del Código, desde el punto de vista, de lo que comprende, de su amplitud necesaria. Destinado el Código á ser fuente única de derecho, es menester se dice, que contenga efectivamente la solución de cualquier caso que pueda presentarse. Frecuentemente se ha creído como cosa posible y buena, conocer por experiencia todos los casos particulares para resolverlos en el lugar correspondiente del Código. Pero quien haya parado mientes en la variedad de los casos de derecho, claro ha de ver cómo semejante empresa debe ser perfectamente infructuosa, siendo difícil prefijar qué límites se habrán de encontrar en el porvenir para recoger los casos más importantes. Verdad es que en los códigos modernos se ha eludido absolutamente tal propósito,

(1) L. c. aj. 64. «*Optandum esset ut hujusmodi legum instauratio illis temporibus suscipiatur, quae antiquioribus, quorum acta et opera tractant, literis et rerum cognitione praestiterint... Infelix namque res est, cum ex judicio et delectu aetatis minus prudentis et eruditae antiquorum opera mutilantur et recomponuntur.*

aunque sin suplir de otro modo la deficiencia natural. Y eso que hay otro medio de llenar esa aspiración del Código, al modo cómo puede verse con este ejemplo de geometría. En todo triángulo hay siempre ciertos datos, de cuya existencia y relación se infieren inmediata y necesariamente todos los demás; así el triángulo se tiene en cuanto son conocidos dos lados y el ángulo. Pues bien de análoga manera, cada parte del derecho tiene tales ó cuales puntos, de los que se derivan los demás, y los cuales se pueden denominar teoremas fundamentales. Señalar éstos, y á partir de ellos descubrir la íntima relación y la afinidad que tienen con todos los principios y teoremas jurídicos; he ahí lo más difícil en nuestra ciencia, y esto es lo que da á la obra de los juristas un carácter científico. Ahora bien: si el Código se forma en una época en que este arte esté poco avanzado, no se podrán evitar los imprescindibles escollos. La administración de la justicia estará aparentemente gobernada por el Código, pero de hecho lo estará por algo extraño al mismo, que será, en difinitiva, la verdadera fuente dominante del derecho. Semejante apariencia falaz, es sin duda grandemente perniciosa, porque el Código, por su novedad, por la afinidad del mismo con las ideas del tiempo, y por su exterior importancia, atraerá hacia sí toda la atención, distrayéndola de la verdadera fuente del derecho, de modo que ésta, relegada en la sombra, se verá privada necesariamente de aquella fuerza que sólo la nación puede darle, y sin la cual es imposible que alcanze un estado vigoroso y fuerte, de verdadero imperio. El carácter real y no quimérico del peligro que señalamos, se verá aún más claro luego, cuando discurramos acerca de los nuevos códigos. Allí haremos ver cuán mal se conocen, no sólo la sustancia, sino

también la idea general y la índole de aquella fuente dominante del derecho á que más arriba nos referíamos, y que suele denominarse con tan raros nombres; como Derecho natural, jurisprudencia, ó analogía de derecho.

Si con ese imperfecto conocimiento de los principios fundamentales se logra en el Código abarcar cuanto hemos dicho, ocurrirá con frecuencia, sin que sus autores se den cuenta, una lucha y una contraposición recíproca entre las decisiones particulares, lo cual se manifestará poco á poco en las aplicaciones aun sin caer en defecto la administración de justicia. Semejante consecuencia es sin duda inevitable por el momento, cuando un siglo á quien falta la conciencia de su vocación, ha fijado los principios del derecho con la autoridad de la legislación; pero su influjo se hará sentir más pernicioso aun en el porvenir. Realmente, en el supuesto de ciertas condiciones favorables para el desenvolvimiento del derecho, será una ventaja suprema, un contacto más extenso con la época sabia de la antigüedad; pero encontrándose por medio el Código, este le impedirá ó á lo menos lo hará dificilísimo. Hay además en la exclusiva aplicación de un derecho positivo dado, el peligro de tropezar con el obstáculo de la letra, por lo que todos los medios de innovación deben ser constantemente muy escogidos: en rigor, un código incompleto debería mantener sobre todo este dominio de un derecho no sancionado.

Además de lo referente á la materia del Código, se se debe también examinar su forma, pues puede muy bien ocurrir que los autores del Código hayan sentido perfectamente el derecho que formulaban, y sin embargo, la obra se frustre por falta de habilidad en la exposición. El cómo deba hacerse la exposición, es

más fácil inducirlo de las aplicaciones que lograron su fin ó de las que no lo consiguieron, que determinarlo mediante reglas generales. Ordinariamente se exige que el lenguaje de las leyes se distinga por un particular laconismo: y, sin duda, puede ser grande el influjo de la concisión; de ello son una prueba los Plebiscitos y los Edictos romanos. Pero hay también una estéril concisión que nada dice, en la cual incurre quienquiera que no sabe usar el lenguaje como instrumento, y que por ello no puede usarle con toda eficacia: de esto tenemos numerosísimos ejemplos en las leyes y documentos de la Edad Media. De otro lado, la prolijidad, en las compilaciones destinadas á valer como fuentes de derecho, puede resultar condenable é inaceptable: vese esto claro en muchas Constituciones de Justiniano y en la mayor parte de las Novelas del Código Teodosiano; verdad es que también puede resultar una prolijidad habilidosa cuya eficacia es preciso reconocer, y de la cual encontramos ejemplos en no pocos pasajes de las Pandectas.

Si ahora resumimos todo cuanto llevamos dicho sobre las condiciones de un buen Código, vese bien claro que son pocas las épocas oportunas para formarlo.

En los primeros tiempos de los pueblos se encuentra, verdaderamente, la más espontánea intuición del derecho; mas para que sean aptos para la codificación, les falta el lenguaje y el arte lógico; la mejor parte no saben expresarla, de modo que la mayoría de las veces no dan á sus compilaciones verdadero sello de individualidad, aun siendo su derecho altamente personal. Ejemplo de esto lo tenemos en las leyes de los tiempos medios: y si conservásemos completas las leyes de las XII Tablas, seguramente veríamos, aunque en me-

nor grado, algo análogo. En los tiempos de decadencia, por el contrario, hay impotencia casi por todas partes, ya se mire á la materia, ya se mire á la forma.

Queda en verdad una época media, en la cual varios de los elementos sociales y el derecho sobre todo, por necesidad natural, intrínseca, alcanzan su organización. Semejante época, sin embargo, no siente, por sí misma, la necesidad de un Código: podría compilarlo para una edad posterior y más necesitada, á guisa de provisión de invierno; pero es este un cuidado que los vivos en un siglo rara vez se imponen en pro de sus hijos, ó sus nietos.

CAPITULO III

El Derecho romano.

Las ojeadas generales acerca del origen del derecho y de los Códigos, recibirán aún una mayor luz y alcanzarán una más grande exactitud en la aplicación al Derecho romano y al Derecho germánico. Los partidarios del Derecho romano no es raro que sostengan que el gran valor del mismo radica en que en él se encuentran en una pureza evidente los eternos cánones de derecho, hasta el punto de que se le debe mirar como un derecho natural sancionado. Sin embargo, si quisiéramos examinar de cerca el valor de un aserto semejante, veríamos rechazada por ellos mismos la mayor parte de ese derecho, como mezquina y pobre, limitándose aquella admiración en definitiva á la teoría del contrato. Por supuesto separando de ésta las estipulaciones y otras sutilezas, y dejando sólo aquello que es, en verdad, de una justicia extrema, y que con razón se considera como *la expresión de los sentimientos que Dios mismo ha puesto en el corazón de los hombres* (1). Pero, realmente, son tales principios de una

(1) *Motifs de la loi du 3 sept.* 1807 para el Código Napoleón, de Bigot-Preameneu.

naturaleza tan general, que la razón los descubriría por sí misma en su mayor parte y sin necesidad de forma jurídica alguna, de modo que no habría para qué invocar, en favor de una tan fácil adquisición, la ayuda ó apoyo de leyes y juristas de hace dos mil años.

Por nuestra parte, trataremos de poner de manifiesto con mayor exactitud lo que hay de más característico en el Derecho romano, y que su excelencia debe ser muy distinta de la indicada, según puede inferirse del hecho de tratarse del único derecho de un pueblo grande, de larga vida, el cual tuvo un desenvolvimiento perfectamente nacional y no interrumpido, y que, por otra parte, fué administrado con celo verdaderamente religioso en todos los períodos de su historia. Si consideramos principalmente los libros Justiniáneos y la forma bajo la cual el Derecho romano ha llegado á los modernos Estados de Europa, no puede menos de vislumbrarse en aquellos libros una era de decadencia. El núcleo, por decirlo así, de los mismos es una compilación de documentos de una época clásica perdida é inaccesible, y de la cual el mismo Justiniano ignoraba el secreto; nos referimos al siglo de Papiniano y de Ulpiano. En este siglo debe detenerse nuestra mirada, para procurar revelar una imagen de la índole y del espíritu de aquellos jurisconsultos. Ya hemos mostrado antes, cómo en nuestra ciencia toda verdad emana de un cierto número de principios fundamentales: ahora bien; éstos son los que verdaderamente constituyen la grandeza de los jurisconsultos romanos. La idea y los teoremas del derecho no aparecen en ellos como creación arbitraria, antes bien, son verdaderos seres reales, cuya existencia y genealogía se las ha manifestado en vir-

tud de un hábito familiar muy prolongado. Así nació en ellos una seguridad en todo su procedimiento, que se parece á la de las matemáticas; puede decirse, sin temor de exagerar, que calculan con sus ideas. Y cuenta que semejante método no es distintivo especial de uno en particular ó de algunos escritores, sino que es propiedad casi común á todos, aunque manifestada en cada cual con grado distinto de energía en su aplicación. Si poseyésemos por completo sus escritos, encontraríamos en ellos menos individualidad que en cualquier otra rama de la literatura latina. Conspiran todos con más ó menos fuerza á una misma grande obra, y por tal razón, la idea que preside en la formación de las Pandectas no debe ser rechazada por entero. La demostración de cómo esta conformidad de carácter científico en los jurisconsultos romanos se funda en sólidas bases, la tenemos en la escasa importancia que dan al lado exterior; así, por ejemplo, sus definiciones resultan también en gran parte imperfectísimas, y sin embargo, la precisión íntima y la certeza de la idea no desaparecen nunca. Hay otro elemento de mucho mayor relieve y mucho menos arbitrario, que tienen gran cuidado de conservar, á saber, un excelente lenguaje técnico, el cual se relaciona con su ciencia particular para saber formar con aquellas diversas manifestaciones casi un solo todo. Verdad es, que á todas estas ventajas podría añadirse un gran exclusivismo.

Y realmente, si es cierto, como lo es, que el derecho no tiene una existencia por sí, sino que más bien se da en la vida del hombre, considerada en un cierto aspecto, siempre que la ciencia del Derecho se separe de este su propio objeto, tendrá que encaminarse por un sendero completamente arbitrario, sin ser guia-

do por una clara intuición de los principios, alcanzando un alto grado de formal construcción, pero sin base verdadera en la realidad. Ahora bien; en este punto se distingue principalmente el método de los jurisconsultos romanos. Cuando tienen que considerar un caso de derecho, parten de la viva intuición de éste, y ante nosotros se desarrolla poco á poco y plenamente, como si tal caso debiera ser el punto inicial de toda la ciencia que del mismo deba deducirse. De este modo, no hay para ellos una distinción clara entre la teoría y la práctica: la teoría se lleva hasta la más inmediata aplicación y la práctica vese siempre elevada á la altura del proceso científico. En cada teorema fundamental vése á un mismo tiempo un caso de aplicación, al modo cómo en todo caso práctico se descubre la regla que lo informa, revelando además una gran maestría en la facilidad con que pasan de lo general á lo particular y viceversa. Realmente, en este método especial, para encontrar y exponer el derecho, radica su particular mérito, siendo de notar que en ellos el arte se ha perfeccionado con el conocimiento y la exposición científica, sin perder por ello la evidencia y la vida que son características de los tiempos primitivos. Esta maravillosa organización de la ciencia del Derecho entre los romanos, á principios del siglo III de la Era cristiana, es cosa de tanto interés, que es necesario estudiar su historia. Y á la verdad, sería erróneo reputarla simplemente como creación de una época muy propicia á dicho elemento, sin que en ello tuvieran parte alguna las edades precedentes. Sabido es que, no sólo los jurisconsultos de aquel siglo recibieron en gran medida la materia de su ciencia, de los tiempos de la república libre, sino que además todos los métodos plausibles tienen sus raíces en aquel período primitivo

de la libertad romana. De hecho, lo que hace grande á Roma es su espíritu político, lleno de actividad y de vida, en virtud del cual aquel pueblo resultaba tan hábil para renovar de modo incesante las formas de su constitución, de modo que lo nuevo no fuese más que una continua explicación de lo antiguo, logrando al fin una justa proporcionalidad entre el elemento estable y el elemento progresivo. Este espíritu obraba á la vez sobre el gobierno y sobre el Derecho civil, si bien cesó de obrar sobre el primero aún antes de que cayese la República, mientras que sobre el otro su influjo se ejerció durante varios siglos todavía, por no haberse manifestado en el derecho las mismas causas de corrupción que obraron sobre el gobierno. En el Derecho civil, pues, se revela con más persistencia la índole general de los romanos que se atenían á las costumbres, sin que por lo demás fuesen de ellas siervos, en cuanto la opinión se manifestaba contraria y no resultasen en consonancia con las nuevas necesidades del pueblo. De ahí que la historia del Derecho romano hasta la época clásica ofrezca en todos los sentidos un desenvolvimiento progresivo y plenamente orgánico. Si surge una nueva forma de derecho, es siempre en estricta conexión con otra antecedente y tiende á la determinación y al perfeccionamiento de la misma. De tal naturaleza es la idea de la ficción *(fictio juris)*, de suma importancia en el desenvolvimiento del Derecho romano, aun cuando los modernos, por desconocer su propia índole, la hayan mirado frecuentemente con cierto desvío. Basta recordar la *bonorum possessio* respecto de la *haereditas*, la *publiciana actio* respecto de la *rei vindicatio*, las *actiones utiles* respecto de las *directae*. De mantener vivo siempre en el pensamiento jurídico el precedente, sin desviación ni interrupción, marchando de lo simple á

lo más desenvuelto, proviene el que los jurisconsultos romanos de tiempos posteriores hayan encontrado tan fácil ejercer sobre las materias de su ciencia aquel patronato que tanto hemos admirado y admiramos. Ahora bien; si antes advertíamos que la ciencia del Derecho en Roma era en su siglo clásico propiedad común de los juristas, en este momento debemos ya reconocer una comunidad semejante en todos los tiempos de la historia romana, siendo forzoso afirmar el genio jurídico de aquel derecho que se sobrepone á cualquier otro, no sólo respecto una época dada, sino á las naciones en general. Y si luego consideramos el lado de la perfección literaria, por la cual, sólo al Derecho romano puede serle garantida una influencia perenne sobre los demás pueblos y sobre los demás tiempos, entonces la edad de Papiniano y de Pablo aparecerá en un lugar preeminente.

De lo expuesto resulta bien de manifiesto que el Derecho romano, como derecho consuetudinario, se ha organizado casi enteramente por virtud de intrínseca fuerza, y un exacto estudio de su historia hace ver cuán pasajera ha sido siempre la influencia de las leyes particulares, y cuán firme se ha mantenido el derecho en condiciones de propia vitalidad. La historia del Derecho romano, es, por otro lado, muy instructiva para cuanto más arriba queda dicho sobre la necesidad de la codificación. Enseña por de pronto, que estando el derecho en progreso vivo no se siente necesidad alguna de codificación, y eso aun cuando haya habido condiciones favorabilísimas para llevarla á cabo. Y á la verdad, en el siglo clásico de la jurisprudencia era facilísimo compilar un código excelente. Los tres célebres jurisconsultos Papiniano, Ulpiano y Pablo, eran también *praefecti praetoris*, por donde,

además del amor que ciertamente tenían por el derecho, no les hubiera faltado la autoridad para dar vida á un Código, si lo hubieran conceptuado cosa buena ó necesaria: ahora bien; no encontramos huella alguna de una empresa semejante. Sin duda, en otra época, cuando César, en el apogeo consciente de su fuerza, y ante la tristeza de los tiempos, quiso dar á su única voluntad un imperio exclusivo en Roma, tenemos por seguro, que debió cruzar por su mente la idea de una codificación (1); así como en el siglo VI cuando se extinguía toda vida informadora del derecho, se buscaron por todas partes los adelantos de tiempos mejores para suplir las exigencias del presente. Por eso aparecieron en breve tiempo diferentes códigos: el Edicto de Teodorico (en el 500), el Breviario de los visigodos (506), el Código de los Borgoñones llamado *Papiano* (poco después del año 500), y, por último, los libros de Justiniano. Y ciertamente sin estos códigos, es difícil que se hubieran conservado los libros del Derecho romano, y difícilmente hubiera sido acogido éste por la Europa moderna, si entre aquellos códigos no hubieran estado los de Justiniano, que es en los que se puede verdaderamente reconocer el espíritu de aquel Derecho. Mas es cosa bien clara que esta marcha hacia la codificación ha sido ocasionada tan sólo por la incontrastable decadencia del derecho.

Las opiniones acerca del valor substancial del Derecho romano, pueden ser todo lo varias que se quiera, pero es indudable que las personas competentes en esta materia están unánimes en lo relativo á los métodos jurídicos. Pero téngase en cuenta que la compe-

(1) Suetonio: *Cesar*, c. 44: *Jus civile ad certum modum redigere, atque ex immensa difussaque legum copia optima quaeque et necessaria in paucissimus conferre libros.*

tencia de que se trata sólo puede encontrarse en quienes son capaces de leer libremente, y con alcance literario, las fuentes del Derecho romano. Quienes lo conocen sólo por compendios ó lecciones, aun cuando puedan haber consultado algún texto, no por ello son competentes; debiendo sorprendernos verles adoptar tal ó cual opinión, como por ejemplo, la siguiente de cierto eximio orador francés. Sostiene este que el Derecho romano nació en la época de los antiguos juristas de un inmenso conjunto de decisiones y reglas particulares, para cuya ordenación no bastaría la vida de un hombre; pero que después, bajo Justiniano, *la legislación romana salió del caos,* pudiendo considerarse la obra de aquel emperador, como la menos imperfecta hasta el Código de Napoleón, que es la obra perfecta bajo todos los aspectos (1).

(1) Motivos de la ley de 3 de Setiembre de 1807, de Bigot-Préameneu.

CAPITULO IV

El Derecho civil en Alemania.

Hasta tiempos muy cercanos á nosotros ha estado vigente en toda Alemania un derecho civil uniforme, llamado derecho común, modificado más ó menos por el derecho municipal, pero establecido espontáneamente en todas partes, sin el concurso de fuerza alguna exterior. Las fuentes principales de este derecho común eran los libros Justiniáneos, en los cuales el mero hecho de ser aplicados á Alemania había producido ya significativas modificaciones. Sobre esto se ha ejercitado casi siempre la actividad científica de la mayor parte de los juristas alemanes. Pero hace ya bastante tiempo que se comenzó á levantar la voz contra semejante elemento exótico de nuestro derecho. El derecho romano, se ha dicho, se opone y destruye nuestra nacionalidad, y el estudio exclusivo que de él se hace por nuestros juristas, impide que el derecho indígena alcance una perfección científica y original. En tales querellas advierten desde luego algo de inconsistente, en cuanto se conceptúa como accidental y arbitrario aquello que sin una íntima necesidad no podría ser ó lo menos no podría ser permanente; ya que, por

otra parte, en el camino asignado por la naturaleza á los pueblos modernos para alcanzar su desenvolvimiento nacional, no puede éste ser completamente autónomo como el de los antiguos. Del propio modo que entre aquéllos la religión no es un producto espontáneo de sus peculiares condiciones, ni la literatura vive vida completamente aparte de todo influjo extranjero, no debe extrañar que un derecho extranjero sea su derecho civil común. Ahora bien este género de influjo extraño por lo que toca á toda la civilización y la literatura alemana, fué en gran parte romano, como romana fué la influencia sobre nuestro Derecho civil.

Pero la opinión que aquí examinamos es además errónea en sus fundamentos. Sabido es que, sin la intervención del derecho romano, hubiera sido imposible un perfeccionamiento no interrumpido del derecho alemán, dada la falta de todas las condiciones que en Roma favorecieron el desenvolvimiento de aquel elemento. Y entre éstas, debe recordarse, en primer término, la estabilidad en el lugar, merced á la cual, Roma, en sus primeros momentos, es el Estado mismo, y hacia la época de la caída del imperio de Occidente continúa siendo siempre el centro del Estado, mientras que las razas germánicas emigraban, dominando y siendo dominadas, de modo que el derecho, esparcido y disperso de esa manera, nunca pudo encontrar un punto fijo de central desarrollo. Además, las razas germánicas han sufrido muy al principio revoluciones violentas, que en el mundo romano no se advierten. Por otra parte, los cambios en la constitución política bajo Augusto y Constantino no ejercieron verdadero influjo inmediato sobre el Derecho civil; dejaron en rigor intactas hasta las ideas fundamentales sobre el Derecho público: baste recordar

como ejemplo la idea de la ciudad. Por el contrario, en Alemania, cuando el feudalismo fué organizado por completo, nada quedó en pié de la antigua nación; todo, hasta las formas y los nombres, fué radicalmente cambiado, habiéndose verificado ya al trastorno, cuando el Derecho romano llegó á ser acogido.

En el capítulo anterior hemos puesto de manifiesto la importancia del derecho romano, como modelo en los métodos jurídicos: ahora bien; su importancia es, históricamente hablando, mayor aún para Alemania, gracias á la relación que hay entre él y el derecho común. Sería, seguramente, un gran error querer restringirlo únicamente á aquellos problemas que se encuentran resueltos de un modo inmediato por aquel derecho; pues, aparte de todo, el mismo derecho municipal, no es fácil de entender sino atendiendo á su relación originaria con el romano, y aun en los casos, en que de propósito se ha abandonado la inspiración del derecho romano, este viene á ser la base y sostén del derecho nuevo de modo que un problema que se resuelva con este último, no puede entenderse plenamente sin el primero.

Ahora bien, esta importancia histórica, comunicada por el derecho mismo de Alemania al Derecho romano, que por doquier está conservado en el municipal, hace que éste resulte por completo incomprensible, si no se acude á las fuentes comunes.

Acerca de esta no poco confusa condición de las fuentes del derecho en Alemania, merced á la combinación del ya demasiado complicado derecho común con el derecho municipal, se han leventado los más vivos clamores. Los que se dirigen al estudio encontrarán su lugar propio más adelante. Algunos, sin embargo, dirígense á la administración de justicia. En

primer lugar, afirmase que aquella combinación es la causa de la excesiva lentitud y duración del procedimiento, que se observa en muchos procesos alemanes; mal este que de seguro nadie negará ni conceptuará como de poca monta; pero se haría un honor excesivo á los jueces de estos países, si se creyese que su gasto, de tiempo, proviene de detenerse demasiado en las dificultades y embrollos de teoria porque la teoría se aclara acudiendo al primer compendio ó manual que cae en sus manos, sin detenerse en su consideración más de lo que pudiera exigir el mejor Código. El mal de que hablamos nace principalmente de las defectuosas formas del procedimiento vigente en muchos países, y cuya reforma es, sin duda, una de las necesidades más imperiosas; en este punto, lo que menos influye son las fuentes del derecho civil. Que esto es así, lo confesará quienquiera que sin prevenciones haya leído atentamente los actos legales que hay compilados. Y aun sin esto, la experiencia que se tiene de otros países lo confirma. Así, por ejemplo, en el Hesse la administración de justicia ha sido, durante largo tiempo, regular y expedita, y eso que estaban vigentes en igual proporción el derecho común y el derecho municipal, ni más ni menos que en los países donde los procesos son interminables.

En segundo lugar, se clama contra la gran deformidad del derecho municipal, y este clamoreo no se limita, por lo demás, á lo que pasa con los varios Estados alemanes entre sí, toda vez que con frecuencia en un mismo Estado se encuentran las provincias y las capitales con un derecho distinto y particular. Esta deformidad ha sido acusada como nociva para la administración de la justicia, y como causa de graves males en las transacciones sociales; pero ninguna ex-

periencia lo comprueba. Y es que, en rigor, la causa de todo esto tieen otro origen: está en el inmenso poder que desde hace mucho tiempo ejerce sobre Europa la idea de reducir todas las cosas á una absoluta uniformidad, poder cuyo abuso fué advertitido ya por Montesquieu (1). Será, pues, necesario considerar esta uniformidad más de cerca con relación al asunto que nos ocupa. La indicación más importante que en favor de la uniformidad del derecho se hace es la siguiente: que por efecto de ella crece el amor hacia la patria común, el cual se deshace como consecuencia de las complicaciones de tan varios derechos municipales. Si esta hipótesis es cierta, todo alemán sensato deberá hacer votos por que Alemania consiga también el beneficio de un derecho uniforme para todos sus Estados; pero, precisamente, la verdad de semejante hipótesis es lo que está por demostrar.

En todo ente orgánico, y de consiguiente en el Estado, el bienestar se obtiene á condición de que entre el todo y las partes haya un equilibrio perfecto y de que á cada cual se dé lo que es debido. Que un ciudadano, una ciudad, una provincia, olviden el Estado á que pertenecen, es un fenómeno más ó menos ordinario, que nadie conceptuará, por tanto, como anormal, porque un verdadero amor por el todo no puede nacer sino de una efectiva participación en todas las variadas relaciones del cuerpo social, no siendo un buen ciudadano sino aquel que tenga la aptitud para presidir la propia familia. Es, sin duda, un grave error creer que la vida de la asociación obtenga ventaja alguna de la anulación de las individualidades que la componen. Si en toda ciudad, y aun en toda aldea, pudie-

(1) Montesquieu, XXIX, 18.

ra producirse en los individuos de todas clases un sentimiento de la propia personalidad, este aumento de vitalidad individual aumentaría con nuevas fuerzas la del conjunto. Si, pues, se trata del influjo del derecho civil sobre el sentimiento de la patria, el derecho particular de una provincia ó ciudad no debe ser reputado como perjudicial. El derecho civil debe ser mirado con buenos ojos en el caso en que promueva ó sea apto para promover el sentimiento y la inteligencia popular, del propio modo que debe despreciarse cuando, siendo producto del mero arbitrio, sea un elemento perfectamente heterogéneo, en el cual el pueblo no ha tenido ni tiene participación verdadera. Con mayor frecuencia y con mayor facilidad se ofrecerá aquel caso respecto de un derecho particular de un distrito independiente, aunque semejante derecho municipal no sea una cosa verdaderamente popular. Estimamos, en virtud de todo esto, que para este fin político de que hablamos no podría darse una condición más favorable que aquella en que estaba el derecho civil en Alemania en una época no muy lejana: había en efecto, gran complicación y grandes diferencias entre los varios países, pero al propio tiempo un derecho común, elemento uniforme, bajo el cual desaparecían las numerosas variedades locales, y que recordaba de un modo incesante á todas las razas germanas su indestructible unidad.

Pero en este respecto lo más perjudicial, está en los cambios prontos y arbitrarios que puede sufrir el derecho civil, aunque sea ganando éste á veces en sencillez y facilidad de aplicación, ya que cuanto se hace ante nuestra vista, por obra de los hombres, será mirado siempre por la opinión popular de un modo distinto de aquello cuyo origen no es tan claro y

patente: y cuando, con celo, por lo demás no condenable, se quiera reprobar aquella distinción como un ciego prejuicio, recordándonos que toda creencia ó sentimiento relativo á aquello que está por encima de nuestro alcance es también un efecto de la misma causa, acaso nos sintamos menos inclinados á rechazar la indicada separación.

CAPITULO V

Nuestra vocación para la legislación.

En el capítulo precedente hemos hablado acerca de los motivos en los cuales suele fundarse la necesidad de un Código para Alemania: conviene ahora investigar la capacidad que para una obra así se requiere: pues si ésta faltare, lejos de mejorar, nuestra condición con el Código, lo que haríamos sería empeorarla.

Bacon quería que el siglo en que se llegase á dar fin á una codificación, sobrepujase por su inteligencia á todos los siglos anteriores: de donde se sigue, por lógica necesidad, que una época que en otros respectos esté muy avanzada en el camino de la civilización, puede muy bien estar desprovista de aptitud legislativa.

En nuestros tiempos, no es raro ver levantarse contra semejante opinión muy particularmente los adversarios del Derecho romano: pues, dicen, si la razón es de todos los pueblos y de todos los tiempos, y si por nuestra parte podemos gozar de la experiencia de los siglos transcurridos, todo cuanto nosotros hagamos debe tener infaliblemente una gran superioridad respecto de todo cuanto antes se ha hecho.

Pero esto de que todo siglo sea apto para todo es un prejuicio verdaderamente pernicioso. Por de pronto, es fuerza reconocer lo contrario en punto á las bellas artes: ¿cómo pensar de otra manera en lo que concierne á la ordenación de los Estados y del derecho? Si por ventura paramos mientes en aquello que universalmente se espera de un Código, notaremos una gran diversidad, según los distintos objetos del derecho, y en cuanto se refiere al valor de los dos elementos que antes he señalado, el político y el técnico. mientras los que ignoran las ciencias de las leyes, no atineden á la parte que informa la vida social, los otros, indiferentes á esto, abandónan la técnica jurídica. Si el derecho de familia, por ejemplo, absorbe toda su atención, en cambio queda completamente descuidado, sobre todo en lo relativo á los principios generales, el derecho público (1). Tomaremos como representaciones de cada una de estas dos categorías, el matrimonio y la propiedad, debiendo tener en cuenta que cuanto de estos objetos se diga puede conceptuarse como dicho respecto del grupo á que respctivamente pertenecen.

El matrimonio se relaciona á un mismo tiempo con el derecho y con las costumbres, siendo ininteligible cualquier derecho sobre el matrimonio, si se prescinde de sus relaciones con tan necesarios complementos. Ahora bien; en los tiempos modernos, por motivos que se enlazn con la historia eclesiástica, la opinión universal sobre tal relación ha llegado á ser en parte superficial y en parte variable é indeterminada en el más alto grado; y estos vicios han trascendido al

(1) Las discusiones del Consejo de Estado sobre el Código francés son de esto una clara prueba: cuando se discutía sobre el primero, los no juristas no acababan: del segundo, apenas hablaban.

derecho, según puede advertirse considerando atentamente la legislación y el derecho práctico en punto al matrimonio. Sin duda, quienes reputan como medio infalible para apreciar cualquier inconveniente y hacerlo desaparecer inmediatamente, una ley clara y completa, reconocerán sin esfuerzo la deplorable condición que hemos indicado y se apresurarán á ensalzar la necesidad de una potente y decisiva legislación. Verdad es que la esperanza que la ley les inspira, la conceptúo por mi parte desprovista de todo fundamento, pues si en la opinión universal es dable ver una tendencia acentuada y plausible, que puede ser reforzada poderosamente por la legislación no cabe pensar que la legislación la produzca, sin contar con que donde aquella sea completamente errónea, cualquier tentativa legislativa dirigida á destruirla no logrará sino hacer la situación más vacilante, consiguiendo á la vez retardar el remedio.

Trataremos con mayor extensión aquellas materias que como la propiedad, se miran con indiferencia por el público no jurista, que los mismos hombres de ciencia consideran posible mantener intactas, sea cual fuere la disposición de las cosas, y que por esto caen bajo competencia exclusiva de la parte técnica del derecho. Desde luego, la misma opinión de los juristas es de por sí indicio de una condición indiscutiblemente privada de fuerza organizadora legislativa; pues donde esta fuerza esté en todo su vigor, tales relaciones, lejos de serles indiferentes, seran, por el contrario, de interés general, y perfectamente necesarias, según claramente resulta de la historia de cualquier derecho primitivo. Mas supuesto esto, y dada la condición en que al presente nos encontramos, nuestra aptitud para la codificación dependerá seguramente del grado de

perfección que entre nosotros alcance la técnica legal; por lo que, sobre ella debe versar más especialmente nuestra investigación. Desgraciadamente, todo el siglo XVIII ha sido muy pobre en grandes jurisconsultos alemanes. No faltaron, es verdad, bastantes hombres cuidadosos que nos dejaron grandes trabajos preparatorios, pero poco más se hizo que esta simple obra de preparación.

Los juristas necesitan, ciertamente, una doble capacidad: capacidad histórica para recoger con acierto todo cuanto hay de característico en cada época y en cada forma del derecho, y capacidad, que llamaremos sistemática, para considerar toda idea y todo principio en íntima relación y en acción recíproca con el conjunto, que es tanto como decir, en su posición natural y verdadera. Ahora bien; esta doble aptitud escasea muchísimo en los juristas del siglo pasado, los cuales se distinguieron especialmente por sus múltiples y agudas investigaciones filosóficas (1). Sin duda es cosa muy difícil pronunciar un juicio seguro sobre el siglo en que se vive; sin embargo, si los síntomas no mienten, hase despertado en nuestra ciencia un potente espíritu, que podrá algun día elevarla á una organización adecuada.

Pero hasta ahora, poco se ha progresado en esta parte, y por esta razón no tengo fe en nuestra aptitud para formar un buen código. Habrá muchos á quienes parecerá exagerado este juicio, pero yo les ruego que

(1) Fué esto interpretado por muchos como una especie de censura á las investigaciones de esta naturaleza en la ciencia del Derecho. No puedo comprender cómo ha podido hacerse tal deducción, porque nos hemos dirigido al influjo de la filosofía wolfiana y de los posteriores sistemas filosóficos, que hoy apenas si cuentan con algunos secuaces.

me indiquen en el no pequeño número de sistemas de de derecho romano-germánico uno que, no sólo pueda ser útil para tal ó cual fin particular, sino que tenga también, bajo el respecto científico, un valor incontrastable; cosa que sólo podría afirmarse cuando la exposición tuviese una forma completamente propia é independiente é hiciese inteligible la materia merced á una inmediata intuición. Así, en el derecho romano, por ejemplo, se admira el método de los antiguos jurisconsultos y el espíritu que informa las Pandectas: por mi parte, me consideraría muy afortunado si encontrase un sistema entre los nuestros del cual pudiera decirse lo mismo. Ahora bien; si esta obra, de ingenios no medianos y con tan especial cuidado dirigida, no se ha llevado aún á feliz término, yo sostengo que nuestro siglo no está en disposición de producir un buen código, por ser esta empresa de dificultades aún mayores.

Otra prueba hay para conocer nuestra capacidad. Comparemos con el desenvolvimiento de la literatura general entre los alemanes, el de la literatura jurídica, y veamos si ambas han progresado á un mismo tiempo: el resultado de semejante comparación, será muy distinto de aquel que obtendríamos respecto de la literatura entre los romanos. Y cuenta que al formar este juicio no somos injustos con nosotros mismos; pues repetimos que nuestra empresa es de mayores proporciones y más difícil que la de los jurisconsultos romanos. Por lo demás, de ningún modo debemos, por descuido ó por presunción, desconocer esta dificultad, ni creer que estamos ya al fin, cuando tan lejos de él nos hallamos todavía. Si no poseemos ahora de hecho lo que es necesario para la creación de un buen código, no nos es, sin embargo, lícito reputar la ejecución de

una empresa como una vana esperanza, pues salvo un caso bien desgraciado, la empresa hubiera procedido. Acerca del grave peligro que inevitablemente se correría cuando la condición de un conocimiento defectuoso y sin fundamento resulta determinada por una autoridad completamente exterior, ya se ha hablado antes: sólo advertiremos que el peligro sería aquí tanto más grande cuanto más vasta es la empresa y cuanto más de cerca toque á los intereses vitales de la nación. Los ejemplos más cercanos no nos dan en esta materia una idea adecuada: así que para poner de manifiesto lo que en semejante caso ocurriría, me remontaré á la época de la destrucción del Imperio romano de Occidente, en la cual hemos reconocido ya un estado de relativa imperfección en lo tocante al conocimiento del derecho. El único caso que ofrece al efecto una gran semejanza es el Edicto de Teodorico el Ostrogodo, porque sólo en este debió presentarse el derecho preexistente, bajo una forma perfectamente propia y nueva. Estoy muy lejos de creer que lo que nosotros pudiéramos producir, se asemejase en un todo á dicho Edicto, por ser grandísimas las diferencias de tiempos. Los romanos, en el año 500, tropezaban con mil obstáculos para poder expresar todo cuanto pensaban, mientras nosotros poseemos suficientemente el arte de escribirlo: por otra parte, en aquella época no había escritores de cosas legales, cuando entre nosotros hay más que suficientes. Pero apesar de todo hay una semejanza patente, y es que los romanos tenían que ordenar materiales históricos cuyo conjunto no podían abrazar en totalidad, lo que no sin trabajo reconocemos en aquella compilación. El peligro, en rigor, para nosotros, estriba en lo contrario de lo que en el año 500 era corrupción y apatía:

en nuestro tiempo, realmente no puede negarse un ardiente afán de laboriosidad en punto al derecho, no pudiendo nadie medir ni calcular los beneficios de que privamos á nuestros nietos al perpetuar las presentes imperfecciones; ya que: *ut corpora lente augescunt, cito extinguuntur, sic ingenia studiaque oppresseris facilius, quam revocaveris* (1).

Otro objeto que debe ser examinado para el caso con gran cuidado, es el lenguaje. Por mi parte, me atrevo á preguntar á cualquiera que aprecie el mérito de una expresión adecuada y precisa, y que mire el lenguaje, no como una cosa indiferente, sino como el instrumento de la ciencia, si tenemos realmente una lengua con la cual pudiera compilarse un código. No es que yo quiera poner en duda la viril robustez del noble idioma alemán; pero el que no tenga por ahora semejante aptitud, es para mí un indicio más de que nos encontramos atrasados en esta esfera del pensamiento.

Sólo si la ciencia del Derecho progresase, se vería á nuestra lengua adquirir una nueva fnerza y vida que la haría adecuada y propia para las necesidades crecientes de aquélla. Pero á mi ver, en este punto, durante estos últimos años, más bien hemos retrocedido. No conozco, en efecto, ley alguna alemana del siglo XVIII que por su gravedad y nervio en la expresión pueda ponerse frente á la Ordenanza penal de Carlos V. Bien sé lo que puedo responderse á estos argumentos, aunque se admitan como hechos; se dirá que la potencia de la mente humana es muy grande, y que no ahorrando esfuerzos ni actividad, se podría estar seguro de realizar ahora una obra libre de todos aque-

(1) Tácito, Agrícola.

llos defectos. Sin duda: la investigación es completamente libre, nuestro siglo no tiene penetra ción débil, y no es de temer que se olvide el logro del resultado efectivo... Hasta ahora me he limitado á examinar la aptitud de nuestra edad para la codificacion, haciendo abstracción de toda empresa realizada en tal terreno; dirigiremos desde este instante nuestra atención hacia los códigos que la Edad Moderna cuenta entre sus creaciones.

CAPITULO VI

Los tres Códigos modernos.

La crítica escrupulosa de un Código, que necesariamente debe ocupar mayor volumen que él, no puede de ninguna manera contraerse á los términos de un opúsculo como este. Además, trátase aquí de Códigos modernos, y no tanto en lo relativo á su peculiar valor, cuanto á las probabilidades de bueno ó mal éxito de una empresa del mismo género. Estos Códigos de hecho, hanse publicado simultáneamente en una época en que la cultura jurídica estaba precisamente en aquellas condiciones, á las cuales más arriba negábamos la idoneidad para crear un nuevo Código, por lo cual podrán servirnos históricamente para apoyar ó condenar nuestra opinión.

Comenzaremos por examinar el Código Napoleón, por ser el más conocido, existiendo acerca de él muchos trabajos particulares, que pueden servirnos de segura guía para llegar á lograr los fines que se persiguen.

En este Código el influjo del elemento político legislativo ha predominado sobre el elemento técnico, y por tal motivo, ha introducido en el derecho existente

mayores innovaciones que las hechas por los Códigos alemanes.

Las causas que determinaron aquel predominio, han sido expuestas tan ingeniosamente y tan bien en un reciente escrito (1), que me limitaré aquí á resumir brevemente sus conceptos.

La Revolución francesa había anulado, junto con las antiguas instituciones, gran parte del Derecho civil, uno y otro más por ciega aversión á lo existente y la fantástica é insana aspiración hacia un vago porvenir, que guiada por la contemplación de un estado que se reputaba más perfecto. Ahora bien; cuando Bonaparte lo redujo todo bajo su despotismo militar, conservó de la Revolución francesa aquella parte que convenía á sus intenciones, y abrió, el camino de la restauración á las antiguas instituciones, pretendiendo sin embargo avasallarlo todo y destruir cuanto se presentase como obstáculo á sus designios. Pero su deseo tenía en verdad mucho de vano, pues no era dable que destruyese totalmente la acción de los años transcurridos sobre la civilización, las costumbres y los sentimientos nacionales.

Aquel parcial regreso hacia la estabilidad de las condiciones antecedentes fué benéfico sin duda, y esta tendencia informó principalmente el Código que en aquella época se publicó. Lo que hay es que un regreso semejante, provocado por cansancio y hastío, no era efecto de los motivos y sentimientos más nobles, imposibles en las condiciones en que manifiestamente se encontraba Europa. Todo esto refléjase con exceso en las discusiones del Consejo de Estado: por lo que no podrá menos el lector atento de sentirse

(1) Rehrberg: *El Código Napoleón*, 1814.

desagradablemente impresionado. Añádase el influjo inmediato de la forma de gobierno, el cual, cuando se compiló el Código, era en teoría republicano, y como tal salido de la revolución, pero que prácticamente tendía ya hacia aquel despotismo que más tarde se desenvolvió. De aquí proviene una incertidumbre y una deformidad grande aun en los principios más fundamentales: así se ve, por ejemplo, á Bonaparte mismo en 1803 declarar en el Consejo de Estado perjudiciales, inmorales y absurdos los fideicomisos que después, en 1806, fueron puestos de nuevo en vigor, hasta ser acogidos en el Código en 1807. Pero el conflicto moral más funesto era el del espectáculo del cambio fácil y repetido de las creencias, hoy veneradas y seguidas, y mañana echadas por tierra, así como el de la expresiones y formas en incesante contradicción con las ideas, lo cual hacía que no se tuviera al cabo fe alguna en la verdad ni consecuencia en los hábitos.

Sería muy difícil encontrar una condición exterior más inoportuna y contraria á la codificación que ésta. Ya entre los mismos franceses se deja ver á veces, en medio de todo, el sentimiento de esta inoportunidad y de la imperfección del trabajo compilado bajo su influjo. Mas si por efecto del Código Francia retrocedió en parte en el camino que había recorrido, en Alemania, por el contrario, donde la Revolución no había tocado, el Código significó más bien un primer paso hacia ella, por lo que fué más nocivo y funesto que en la Francia misma. Todas estas consideraciones, no tienen desgraciadamente para nosotros, alemanes, más que un interés histórico. Muy de otro modo, sin embargo, lo entendía Napoleón, al cual el Código servía como de un lazo más para sujetar al pueblo, por lo que

siempre hubiera significado para nosotros daño y vergüenza mayores, aun cuando en rigor hubiera tenido un mérito intrínseco que no tenía. De esa vergüenza nos hallamos ahora libres, y pronto quedará tan sólo el simple recuerdo de lo que tantos juristas alemanes, aun sin invitación extraña, han reputado como fuente de salud y de prosperidad sin fijarse en que más bien hubiera sido fuente de perdición. Por el presente, el Código tiene ya otro aspecto con referencia á Europa, y así podemos tranquila é imparcialmente juzgarlo como un Código para Francia sólo. Examinaremos, pues, aquí la parte técnica del mismo, que puede ser considerada independientemente de la Revolución, como lo que contiene el derecho ya preexistente. Siendo este una mezcla de Derecho romano y de Derecho francés *(Coutumes)*, esta parte del Código no introdujo en los diferentes países de Francia sino por mitad el nuevo derecho, no siendo bien acogido en ningún sitio. Lo cual, después todo, ocurriría en Alemania si se llevara á cabo una tentativa semejante.

Esto expuesto, veamos á la obra en sí misma. Con frecuencia se ha alabado, hasta en Alemania, la gravedad y la profundidad con que fué realizado el trabajo del Código francés. Que los cuatro compiladores que hicieron el proyecto lo despacharon en pocos meses, no puede negarse; mas se esperaba con razón que lo que en el proyecto pudiera ser defectuoso, se debía perfeccionar en las discusiones del Consejo de Estado, aquel gran centro de la administración francesa. Y sin duda, en tales discusiones, se han producido á menudo reflexiones excelentes; pero su carácter general, según Thibaut ha demostrado, era la superficialidad y la incertidumbre. A la verdad, lo que aquí constituye lo principal, esto es, la parte verdade-

ramente técnica, en que en definitiva debe consistir el mérito de un Código, resulta como si no se hubiera puesto á discusión. Y no podía ser de otro modo. Realmente, podía muy bien un concurso tan numeroso y tan heterogéneo entender de cuestiones como las siguientes: si el padre debe dotar á la hija, si debe rescindirse la venta por lesión, y otras; pero la teoría general de los derechos reales y de las obligaciones no podía en modo alguno ser comprendida sin una preparación científica, por lo que no era dable que encajase en una discusión en la cual se examinaba el proyecto simplemente según el desarrollo de artículo á artículo, sin preocuparse con el conjunto y con las disposiciones de toda la sección. Así ocurrió, por ejemplo, que la discusión sobre la rescisión de la venta fué lo menos cuatro veces más larga que la de los dos capítulos primeros de los contratos, y toda persona perita me concederá, que para el mérito y la utilidad del Código, esas cuestiones aisladas comparadas con la doctrina general, resultan completamente insignificantes. Por donde se puede afirmar que el Consejo de Estado no ha hecho, por la parte técnica del Código, absolutamente nada; quedando aquél reducido á ser la obra precipitada de sus conocidos redactores; esto es, de cuatro juristas.

Ahora bien; ¿en qué condiciones se encontraba en Francia la ciencia del Derecho cuando estos juristas se formaron? Sabido es que, por lo general, para el Derecho romano, Pothier es el luminar de los modernos juristas franceses, y que sus escritos han tenido sobre el Código una influencia muy inmediata. Estoy muy lejos de no tener en gran estima á Pothier, y creo que se debería conceptuar como floreciente la jurisprudencia en un pueblo en el cual se pudiera contar

más de un escritor como él. Pero una literatura jurídica en la cual está solo, y en que casi se le reputa y estudia como un texto, á fe mía que debe inspirar compasión. Si, pues, consideramos la condición de una literatura tal, según resulta de hechos irrefragables y á la vista de todos, la encontraremos como muy digna de censura. Recuerda esto, sin duda ciertos fenómenos extraños, por ejemplo el de un Desquiron que nos da cuenta de un jurisconsulto romano, Justo Lipsio, posterior á las XII tablas y del famoso Sicardo bajo Teodosio II autor del Código Teodosiano; realmente tales monstruos, nos hacen presumir cómo podrían ser los jurisconsultos de menos fama.

Pero volvamos la vista hacia los autores del Código: hacia Bigot-Preameneu, Portalis y Malleville. De las ideas superficiales del primero ya hemos dado una muestra más arriba. Respecto de Portalis, puede bastar la prueba siguiente: El art. 5.° contiene la regla del Derecho romano: *Jus publicum privatorum pactis mutari non potest*. Se le hizo la observación de que *jus publicum* significaba, no el derecho que concierne al Estado, sino toda ley sin distinción, todo *jus publice stabilitum*. A lo cual respondió Portalis que generalmente la expresión se tomaba en ambos sentidos; pero que por el momento de lo que se trataba era de saber lo que se entendia en este caso por derecho romano. «Or voici, dice, comme est conçu le *summarium* de la loi 31 au Digeste *de pactis. Contra tenorem legis privatum utilitatem continentes pacisci licet*. Ainsi le droit public est ce qui interesse plus directement la societé que les particuliers.» No afirmo yo que aquí se entienda el *jus publicum* de un modo superficial y erróneo, pero si deseo saber qué implica aquella regla y cómo la entendían los romanos. Ahora bien; si implica algo, pre-

gunto, ¿cómo es posible aclarar el lenguaje de los romanos con una cita de Bartolo (ya que de este es el *summarium*) y hacer de ese modo de Bartolo y de los jurisconsultos romanos una misma cosa? Esto se dice verdaderamente *tam quam* y *vinculis sermocinari!*

Malleville se muestra sin duda en su libro como un hombre honorable é inteligente; pero las huellas de su escasa erudición jurídica son tanto más decisivas, cuanto que en la compilación del Código estaba entre los representantes del Derecho romano. Así, por ejemplo, hace un pequeño resumen histórico de la usucapión y de las *res mancipi*, que es única en su clase. Mientras, dice, los romanos poseyeron un pequeño territorio, un bienio era suficiente para la prescripción; pero cuando llegaron á conquistar tierras en provincias á gran distancia de Roma, se exigieron diez años (la *longi temporis praescriptio*). *Res mancipi* se llamaban los fundos itálicos y todas las cosas muebles. La propiedad de las cosas muebles se transmitía con la simple tradición; la usucapión no se verificaba sólo para las *res mancipi*, sino para las *res ne mancipi;* así, para los fundos provinciales dábase una *longi temporis praescriptio,* á la cual ningún título corresponde; el poseedor de aquélla llamábase *dominus bonitarius*. En otro lugar trátase de la usucapión justiniánea; se debe distinguir entre el ladrón y el tercero que compra del ladrón; ésta necesita tres años; respecto de aquél tiene aplicación la L. un. C. *de usuc. tranf.*, que establece la prescripción de treinta años, como si de la *res furtiva* no se hubiera hablado nunca entre los romanos. Otra observación de importancia concierne á Portalis y á Malleville juntamente. A propósito del divorcio, no se hizo otra cosa que consultar el Derecho romano;

pero Portalis y Malleville parten de una historia del divorcio romano, no sólo errónea, sino imposible. Así, á modo de ejemplo, opinan que el matrimonio no podía entre los romanos ser disuelto por la voluntad de uno solo de los cónyuges, sino que se requería el mutuo consentimiento de ambos, con lo que todo cuanto ha sido dicho por Justiniano acerca de esta materia no tiene sentido alguno, y el divorcio por convención entre los romanos es una simple consecuencia de la falsa idea, según la que el matrimonio se debía considerar en la misma línea que todos los demás contratos. Y no sólo se debe tener aquí presente el interés de la verdad histórica, sino la importancia de los principios fundamentales, que tuvieron un influjo directo sobre la discusión, donde se ve, por ejemplo, precisamente la parte más inconcebible de la historia del divorcio romano formularse, con general disgusto, en el art. 250. En honor de la verdad, esta condición de la literatura jurídica francesa no puede atribuirse á orgullo ó á terquedad, porque en las discusiones sobre la rescisión de la venta, habiendo llegado á manos del Consejo de Estado las disertaciones de Tomasio sobre la L. 2 Cód. *de re vendita,* se tomaron éstas con gran deferencia en consideración, siendo estudiadas y discutidas. Consultados en esta y otras obras mejores de nuestros eruditos, aún podíamos haberles sido útiles en otras materias. Y no puede censurarse en esta ignorancia literaria el predominio de un sentimiento de parcialidad nacional. Sabido es que en la Francia del siglo XVI vivieron hombres tales, de quienes se puede hoy aprender el Derecho romano; pero yo mismo he oído decir á un profesor de Derecho de París que la obra de Cujaccio no debía faltar en una biblioteca bien provista, sin que, no obstante, fuese necesario consultar-

la, porque todo lo bueno de ella se encuentra en Pothier (1).

Hasta aquí hemos hablado sólo, si se nos permite la expresión, del terreno en el cual el Código fué preparado; hablemos ahora de los frutos que ha producido. En cuanto á la manera de comprender ó abarcar la materia, no había en el proyecto la ponderación adecuada. Depende esta condición de tres cosas: elección de los asuntos, elección de las disposiciones que á cada asunto convengan, y relación con lo que debía servir de suplemento al Código cuando resultase insuficiente. La elección de los asuntos era para jurisconsultos versados en la práctica periódica la cosa más fácil del mundo: ahora bien; se hizo esto tan mal en el Código

(1) Debo reconocer que aunque estos hechos son verdad, sin embargo, el juicio es parcial é injusto, por haber pasado en silencio una parte muy recomendable de la literatura jurídica de los franceses: la práctica. Aprovecho gustoso esta ocasión para declarar tal injusticia, nacida de la irritación, entonces natural, contra Francia, y de mi imperfecto conocimiento de su literatura. Para otros fines en estos últimos tiempos descuidóse en Francia la parte científica del derecho y las ciencias afines; desde hace poco tan sólo, varios jóvenes dieron prueba de su admirable entusiasmo; la práctica alcanza en Francia un alto grado de perfección; este ramo merece una gran consideración, y todos podemos sacar no pequeño provecho de ella; las obras de Merlín, el *Repertorio* y las *Cuestiones*, son modelos de recopilaciones, hechos con discernimiento y orden, no habiendo en la literatura práctica alemana nada que se les parezca. La explicación de esta práctica excelente de los franceses, con defectos propios, debe encontrarse en desenvolvimiento nacional y en la índole de su civilización, que procuran un gran lugar social á los buenos ingenios jurídicos, mientras entre nosotros los magistrados y abogados quedan siempre en una situación inferior, secundaria. No atribuyo, pues, al Código las excelencias de la práctica francesa: creo que ésta exista á pesar del Código. Por esto no modifico mi juicio acerca de él y de su escuela de Derecho, juicio ya hoy confirmado por muchos distinguidos y doctos franceses.

francés, que al ser aplicado constantemente se han advertido vacíos importantísimos. No se inspiró aquélla en las reglas de la experiencia y en la capacidad práctica, sino en el método ordinario de enseñanza, y realmente si se estudia este de cerca, frecuentemente se verá que se prescinde de asuntos de importancia, tan sólo por no estar tratados, ó estarlo incidentalmente, en las instituciones de Justiniano, las cuales sirven de fundamento, sin que á veces se note, á tantos y tantos sistemas que se reputan nuevos. No es, sin embargo, este primer defecto el de más relieve, porque al fin las omisiones, podían evitarse en lo futuro fácilmente. Mucho más importante, en este concepto, y además mucho más difícil, es la elección de las disposiciones positivas acerca de los asuntos ya discutidos y la indagación de la norma, según la cual, la variedad de los detalles debía ser regulada en el porvenir.

De esto depende precisamente, la posesión de los principios fundamentales en que se apoya toda seguridad y eficacia en la obra de los jurisconsultos, y en esto fué en lo que los romanos rayaron tan alto, que merecidamente deben tenerse por modelos. Pero en esto es en lo que, por su parte, los franceses realizaron una obra imperfectísima, según haremos ver con algunos ejemplos.

Un defecto principal y patente que domina en esta obra es el siguiente. La teoría de la propiedad es en todo y por todo la de los romanos. Pero todos saben cómo esta se funda en el Derecho romano sobre las dos ideas cardinales de los derechos reales y de las obligaciones, y cuánta precisión consiguieron los romanos con la fuerza y exactitud de estas dos ideas. Ahora bien; ni por pienso se encuentran éstas en el Código francés definidas en su verdadero lugar, y sin querer por

esto censurar en nada tal omisión, no se puede menos de reconocer que en la vaguedad en que las han dejado, fácilmente se desconocen y olvidan, lo cual difunde sobre toda la obra mucha más oscuridad de la que pudiera creerse.

Pero este punto, aunque importantísimo, tiene un carácter demasiado general: la doctrina de la nulidad de los actos jurídicos con su aplicación á los contratos, á los actos del estado civil y al matrimonio nos ofrecerá una oportunidad mejor de penetrar más adentro en este asunto. En punto á nulidad de los contratos, encuéntrase en el Derecho romano la conocida diferencia entre la nulidad *ipso jure* y la nulidad *per exceptionem*, que en el antiguo derecho estaba establecida con la más alta y exacta determinación, y que en el derecho justiniáneo resulta aún con más influjo que el que de ordinario se le concede. En el Código francés se presenta una antítesis entre la *convención nula de derecho* y la *rescisión* (art. 1117). Si los compiladores hubieran querido atenerse á la doctrina del Derecho romano, bien pudieron hacerlo: mas lo que resulta claro, es que la teoría de la nulidad indirecta (en la acción de nulidad), ha quedado muy indeterminada. El artículo ya citado no habla más que del tiempo de la prescripción (art. 1304), siendo así que aun hoy pueden ocurrir lo mismo que en el Derecho romano, muchas é importantes variedades de acciones, por lo que se requería, ya que del asunto se trataba, que se hubiera fijado en alguna parte un sistema propio.

Para los *actos del estado civil*, se prescribe una multitud de formalidades, las cuales son por su misma naturaleza completamente arbitrarias (L. 1, T. 2, C. 1), lo que hacía doblemente necesario el determinar las

consecuencias que la omisión de algunas de ellas hubiera acarreado, necesidad que fué notada, por no pocos tribunales, aunque sin resultado. Podría acaso creerse que en París se estaría tan seguro y de acuerdo tan perfecto sobre el asunto, que fuese superflua una designación precisa; pero no hay tal. Así, en efecto, Cambacères opina que la inobservancia de aquellas formas produciría la nulidad, esto es, quitaría al acto toda fuerza probatoria, mientras Tronchet, por el contrario, estima que no hay para qué atender á las formas en los actos de nacimiento y de muerte, pues sólo la falsedad puede destruirlos: en el matrimonio en cambio se conceptúa por esto evidente la nulidad en razón de la falta de formalidades. Pero ahí está Simeón, que sostiene que no teniendo la no observancia de las formas la virtud de debilitar la prueba no son precisas ni aun en lo tocante al matrimonio.

Suponiendo exacta esta opinión, las formas no corresponderían al Código, sino que se referirían simplemente á la instrucción de los documentos confiados á los funcionarios del estado civil: ahora bien; el texto del Código es contrario precisamente á esta opinión. Y, lo que es peor, en las actas de defunción, las formalidades de que se trata no se observan de ningún modo, á lo menos en París, y aun en provincias se podría desear una mejor observancia. Más importante todavía es la doctrina de la nulidad del matrimonio. El Derecho romano había trazado en esta materia una vía muy sencilla y recta: si faltaba una condición para la validez del matrimonio, se decía: *Non est matrimonium,* y en virtud de esta no existencia, cualquiera podía reclamar en todo tiempo, sin que fuese menester una acción particular de nulidad, la cual no era, por lo demás imaginable, por lo que no existe respecto de

ella prescrición alguna, ni limitación alguna tampoco de semejante derecho. Esta gran simplicidad no dejaba vacío de ningún género, pues para los demás casos se concedía el recurso del divorcio. No convenía, sin duda, tal simplicidad á nuestros tiempos, por lo que se debía, aparte del caso de nulidad, que llamamos romana, establecer un derecho particular sobre la rescisión, que se podía llamar *acción de nulidad*, no siendo ya ocasión de debatir acerca de los términos. Ahora bien; ¿cuál es la doctrina del Código? Admite éste dos especies de nulidad: absoluta y relativa (Lib. I, tít. V, cap. 4). Esta sería precisamente la antítesis que indicabamos, de modo que, por ejemplo, la omisión de las formas sería una nulidad en el sentido romano. Así, después de todo, lo entiende también Portalis, el cual, para el caso especial del matrimonio describe la verdadera legítima nulidad con muy vivos colores. Malleville admite la nulidad en el sentido romano (el *non est matrimonium)*, distinta de todas estas rescisiones de derecho *(mariage qui peut être cassé)*, admitiendo de este modo tres: 1.ª, el *non est matrimonium;* 2.ª, la *nulidad absoluta* del Código, y 3.ª, la *nulidad relativa*. Respecto de la segunda cabe hacer alguna observación, á saber: que consistiría en una reclamación de derecho respecto de la anulación consentida á todos; pero una mera reclamación de derecho, de modo que si nadie la hiciese, y si, por ejemplo, hubiera muerto el marido, el matrimonio resultaría válido con todas sus consecuencias: lo cual sería, sin duda, una grandísima inútil sutileza. Más confusa es aún la opinión de Malleville relativa al caso de que tratamos, esto es, cuando hay defecto de forma. Este matrimonio, dice el art. 191, puede ser impugnado por quien quiera, pero el art. 193 hace notar que pueden ocurrir casos en los cuales el matrimonio

no se podrá anular, sin que, á pesar de esto, enumere dichos casos. De estas dos disposiciones induce Malleville la siguiente doctrina: el matrimonio puede ser impugnado, es decir, se puede reclamar su nulidad, la ley no lo impide, pero queda libre el magistrado de proveer á su antojo: en otros términos, la nulidad del matrimonio depende del arbitrio del magistrado. Esto sería, pues, una cuarta manera de invalidación, distinta de las otras tres indicadas. Ahora bien; difícilmente se dará un caso en el cual el arbitrio del magistrado sea más peligroso y más intolerable que en éste. Si está ó no admitido realmente, no se sabe: por de pronto, la ley nada dice con precisión acerca de esto, y dos de los compiladores, como hemos visto, profesan sobre la materia una opinión diametralmente opuesta. Esta incertidumbre es en verdad muy perjudicial, y esto por dos motivos muy señalados: primeramente, porque en París (y quizá no sólo en París) la mayoría de los pobres no se casan por causa de los gastos: en segundo lugar, porque la forma misma de la celebración implica una condición muy variable. De hecho, la celebración del matrimonio debe verificarse necesariamente ante el funcionario municipal del domicilio de uno de los dos esposos, no estando permitida la delegación, pero el domicilio no es el ordinario (artículo 102): sino, un domicilio especial reconocido sólo para la celebración del matrimonio, la residencia de seis meses, por lo que no se tiene en tal caso la elección entre las dos especies de domicilio.

Mas, de todas suertes, lo que resulta es que el destino de una familia queda abandonado al ciego arbitrio de un tribunal, cuyas decisiones no pueden nunca ser impugnadas, supuesto que, sean las que fueren, tienen siempre por sí mismas una autoridad indestructible.

El primer motivo de toda esta fatal indeterminación está en que no se ha partido de una idea fija y categórica; antes bien, se ha vacilado continuamente entre la verdadera nulidad y la nulidad de derecho, sin salir nunca de la confusión. La inutilidad de las discusiones del Consejo de Estado, respecto de la parte técnica, se ofrece aquí de un modo patentísimo. Entre los jurisconsultos romanos, este tropiezo no era posible, y esta imposibilidad no señala el pináculo de su ciencia, sino el primer principio. La razón consiste en que eran gente del oficio, mientras que los compiladores franceses y el Consejo de Estado hablan y escriben como diletantes, ó, para decirlo de otro modo, aquéllos no hacían uso de ningún código, éstos debían no querer ninguno.

El caso que hemos examinado demuestra también lo que más arriba se ha dicho acerca de los peligros de una innecesaria é intempestiva legislación. Una confusión de ideas como la que queda descrita, puede ser durante muchos años desconocida é inapreciada, siempre que en la aplicación se haya logrado cierto equilibrio tolerable en el conjunto. Pero cuando ha sido legalmente decidida, y merced á discusiones sin resultado llega á ser conocida en general, entonces se hace verdaderamente peligrosa, convirtiéndose en medio de fraude verdadero en manos de los malvados. Y he ahí, en realidad, una práctica aplicación del canon *omnis definitio in jure civili periculosa est.*

Por último, es preciso referirse en el Código también á lo que debe proponerse como *subsidium* para los vacíos que presente. Acerca de la extensión y la importancia de este *subsidium* no anduvieron equivocados los franceses, al creer que poquísimos casos de derecho podrían, en realidad, ser decididos inmediatamente por el Código, por lo que debía ser desconoci-

da casi siempre la decisión futura (1). Pero acerca de la naturaleza del *subsidium* se expresaron de muy diverso modo, á causa de que viene á estar formado por un conjunto indeterminado de elementos distintos, cada uno de los cuales tiene un propio valor. Estos elementos son (2): 1.°, la *equidad natural,* ley *natural;* 2.°, el *Derecho romano*; 3.°, *Las antiguas costumbres* 4.°, los *Usos, ejemplos, decisiones, jurisprudencia;* 5.°, el *Derecho común* (3); 6.°, *Principios generales, máximas, doctrina, ciencia.*

Acerca de la relación de estos diversos elementos entre sí, no se dice nada, salvo cuando se afirma que vale como supletorio el derecho natural, en el caso de ser insuficientes el uso y la doctrina (4). Haremos, sin embargo, este examen para ver de lograr un resultado preciso. En primer lugar, es de admirar cómo no se menciona siquiera la primer especie de fuente supletoria, cual es la orgánica, por la que de un punto dado (en este caso de un principio fundamental del Código) se induce con certeza científica otro no dado. Los juristas alemanes tienen de esto una vaga idea bajo el nombre de analogía y de *argumentum legis,* y en los franceses se encuentra acerca de lo mismo un cierto presentimien-

(1) Portalis, en la conf. tít. I, pág. 29. Boulay, en el *Monitor*, an X, núm. 86, pág. 343. «Sabido es que nunca ó casi nunca se puede citar en un proceso un texto claro y preciso de la ley, de modo que no pueda decidirse de otro modo que con el buen sentido y con la equidad.»

(2) *Conference*, tít. I, pág 27. *Motifs*, tít. II, pág. 17. *Mallivelle*, tít. I, pág. 33. *Project, Discours préliminaire*, pág. 40.

(3) Bonaparte, en la confer., t. 2. p. 327. Informe del Cens. de Estado en el *Boletín legislativo*, y en Locré, t. 3. p. 104. «Los varios casos que la ley... ha dejado á las disposiciones de los principios generales y del derecho común».

(4) Pro. loc. cit.

to. Pero el que no se haga de ello un uso especial no es cosa accidental tan sólo, supuesto que tal proceso supone en su Código una unidad orgánica, la cual no existe en el Código francés, ni desde el punto de vista material, ni desde el formal. No hay tal unidad orgánica material, porque los dos elementos de que se compone, á saber: el derecho preexistente y los resultados de la Revolución, están tan sólo mecánicamente superpuestos; por otra parte, el primero no tiene en sí mismo ninguna homogeneidad, como *transacción* que es entre el Derecho romano y el consuetudinario, según tantas veces se ha repetido con gran aplauso. Habría unidad formal, si los juristas compiladores, con el poder de su pensamiento, hubieran dado á esos materiales diferentes un enlace lógico de conjunto; pero después de lo dicho antes, se comprende que este objetivo anda muy lejos de haber sido alcanzado. Ahora bien; visto esto, no queda sino buscar en otro sitio un suplemento.

Pero nos encontramos con que los diversos elementos auxiliares antes descritos y que se citan por los escritores franceses, pueden ser objeto todavía de no pequeña reducción. El derecho natural, antes que á una propia y rigurosa aplicación, refiérese á la formación de las leyes. Cuando se trata de aplicaciones particulares, no se toma de aquél norma alguno; sólo en Alemania puede ser legítima esta latitud concedida á los jueces, gracias al libérrimo uso que puede hacerse de tal fuente de derecho debidamente valuada; por mi parte, desearía muchísimo saber si algún tribunal francés, decidiendo según el derecho natural, llegaría á declarar nulo el matrimonio por inobservancia de las formas.

Las partes restantes reducénse á estas dos:

1.° Derecho preexistente.

2.° Teoría científica; son las que vamos á examinar ahora.

El derecho preexistente está manifiestamente derogado, no sólo cuando se halle en oposición con el Código, sino en todas las materias tratadas por éste; esto es, de un modo completo (art. 4.°). Acerca del significado de esta derogación, los franceses tienen ideas mucho más claras que los juristas alemanes; los cuales, ya por odio, ya por amor al derecho romano, han discutido mucho esta materia. Piensan que está permitido al juez seguir el derecho romano ó las costumbres, pero sin que á ello esté obligado; lo que en suma implica que no podrá ser casada una sentencia jurídica porque contradiga esta fuente de derecho. Y lo mismo se dice de los usos y precedentes del foro: ¿pero entonces cómo se cita con tanta frecuencia la vieja jurisprudencia en concepto de fuente de derecho? Seguramente, no hay quien sostenga que en los casos en que el Código calle, el magistrado pueda elegir entre el Derecho romano y el consuetudinario, lo que sería una libertad enorme; sino que en tales casos se debe seguir el derecho que antecedentemente se aplicaba; es decir, el romano ó una costumbre especial modificada por la antigua jurisprudencia. Ahora bien; la consecuencia necesaria de todo esto será la producción una nueva diversidad de derechos bajo la dependencia de un mismo tribunal de apelación, diversidad que contra el deseo de la ley y con la confusión de los antiguos límites, provocará un mal verdadero que antes no existía. Se ha argüido con el supuesto favorable de que los tribunales sabrán usar moderadamente de la latitud que se les concede para recurrir á las diferentes fuentes lejanas de derecho. Pero, ¿quién garantiza, si semejante moderación no les ha sido impuesta? Si un

tribunal prefiriese en un caso dado de derecho aplicar la equidad ó la ley natural, como quiera decirse, ya por convencimiento propio, ya para encubrir una injusticia, no se podrá decir que la ley le dé tal facultad. Y no se diga que el Tribunal de Casación moderará la práctica y mantendrá la uniformidad de la jurisprudencia, porque el Tribunal de Casación debe simplemente casar cuando se haya juzgado contra las prescripciones del Código ó contra cualquiera ley nueva; lo relativo, á si la sentencia está conforme ó es opuesta á la ley natural, al Derecho romano, á las costumbres, ó á la jurisprudencia, es cosa que cae fuera de su competencia. Por último, hay una importantísima circunstancia que debe ser notada, y es que, en todos los pasajes del Código que son producto de la Revolución, el antiguo derecho no da salvaguardia alguna contra el más ilimitado arbitrio. De esto se tiene, sin ir más lejos, un caso clarísimo en el ejemplo antes citado de la invalidez del matrimonio.

La segunda fuente que puede procurar al Código un suplemento es la teoría científica. Portalis nos da en cierto lugar una descripción muy pomposa, comparando la teoría al mar y las leyes á sus orillas (1). Ahora bien; en Francia este mar tiene indudablemente una muy leve importancia. En rigor una ciencia del Derecho no fundada sobre un sólido conocimiento histórico, satisface sólo las exigencias de los escritores en los usos del foro; y de hecho en Francia no se tiene una teoría distinta de los usos del foro; por lo que, cuanto se ha dicho acerca de la incertidumbre del derecho práctico se puede aplicar también á la teoría. Sólo las instituciones de enseñanza tienen por su

(1) *Moniteur*, año X, p. 337.

naturaleza una forma teórica; pero de ellas hablaremos más despacio en el siguiente capítulo. Es indudable que pueden existir circunstancias en virtud las cuales la administración de justicia alcance aún hoy condiciones más prósperas que las indicadas. Puede ocurrir que, por ignorancia ó por desidia, en muchos tribunales se sigan con uniformidad ciertas fuentes dadas y á ciertos escritores: así, por ejemplo, se encontrará muy cómoda la costumbre de París con su comentarista Ferrière, aun allí donde no ha dominado. Cabe además que se hayan aceptado casi generalmente muchas reglas de la antigua jurisprudencia, llegando acaso á constituir algo análogo á lo que se llama un *droit commun*. En todo caso no me atreveré á afirmar que todos los males aquí enumerados se sientan como tales: los romanos mismos de los siglos IV y V de la Era cristiana no se podían figurar que nosotros llegásemos á considerarlos como en plena decadencia; pero, en conjunto, no puede negarse que hay serios motivos para temer un estado de gran incertidumbre jurídica. Ahora bien; esta condición no es soportable: realmente el que en lugares distintos reine un derecho diferente, poco importa; pero cuando una especie dada de derecho se deja al acaso y al arbitrio, se crea la situación más triste que se puede imaginar para la administración de justicia, provocando daños verdaderos, que todos, sin remedio, tienen que sentir.

Es preciso reconocer del modo más solemne que en Francia se ha dejado oir una opinión firme y fundada sobre lo que debería hacerse; pero lo que hay es que esta opinión no ha producido ningún efecto apreciable. He aquí cómo habla el tribunal de Montpellier de la futura jurisprudencia que debe suplir al Código: «*Mais quelle jurisprudence! N'ayant d'autre regle que*

l'arbitraire sur l'immensité d'objets à coordonner au système de la legislation nouvelle, à quelle unité, à quel concert faudrait-il s'attendre de la part d'une pareille jurisprudence, ouvrage de tant de juges et de tant de tribunaux dont l'opinion, ebranlée par les secousses revolutionnaires, serait encore si diversement modifiée! Quel serait enfin le regulateur de cette jurisprudence disparate, qui devrait nécéssairement se composer de jugemens non sujets à cassation, puisqu'ils ne reposeraient pas sur la base fixe des lois, mais sur des principes indéterminées d'équité, sur des usages vagues, sur des idées logiciennes et pour tout dire en un mot, sur l'arbitraire! A un système incomplet de legislation serait donc jointe pour supplément une jurisprudence défectueuse.» Para impedir este mal, añade el tribunal citado, dos caminos podrían seguirse: ó considerar el Código como institución á la cual se añadiria un trabajo más amplio, que tuviera el fin de las Pandectas y del Código de Justiniano; ó bien se podría, y quizá con mejor acuerdo, dejar en vigor, como regla general, los diferentes derechos hasta ahora dominantes, é introducir sólo acerca de determinados puntos un nuevo derecho uniforme para toda la Francia: lo cual vale tanto como no hacer Código verdadero. Esta es la idea del tribunal de Montpellier, que, por lo demás, se halla expresada y probada de un modo tal, tan sólido y tan práctico, que, al leer la exposición, el ánimo se ensancha y goza contemplando su amplia y desenvuelta argumentación.

Pasemos ahora á la Compilación prusiana *(Landrecht)*. Para la historia de ésta deben servirnos pri-

meramente las publicaciones oficiales acerca del asunto, y algunas indicaciones de la obra de Klein; el más importante trabajo, el de Simon, fué publicado por primera vez en 1811, por los motivos siguientes. Los materiales de la nueva legislación en su máxima parte aún subsisten: la tarea de ordenarlos á fin de que sirvieran al uso para que debían servir, fué confiada al indicado profesor de Derecho, y el informe que hizo acerca de tal trabajo contiene una historia tan completa y profunda de la empresa, que, comparadas con ella las referencias anteriores, parecen imperfectas é inseguras. Viendo en este excelente trabajo la Compilación prusiana formarse, por la concurrente labor de redactores de la comisión legislativa, colegios judiciales, diputados de la ciudad y muchos otros doctos y expertos de todas las partes de Alemania, no se puede menos de experimentar una gran admiración por la gravedad y la perseverancia demostrados en ella: verdad, sí, que el alma de todo fué el ingenioso Suárez, al cual se debe la unidad mantenida en la acción de tantos y tan diversos colaboradores. Aunque sea por este lado, nadie que imparcialmente proceda querrá parangonar el Código francés y la Compilación prusiana, siendo, como es, clara la diferencia, no sólo en favor de lo concienzudo y del amor á las cosas que en los alemanes son más naturales que en los franceses, sino también de las distintas circunstancias de medio en las cuales ambos Códigos se han producido. En efecto, el Código francés debió ser hecho con gran precipitación por la necesidad de atenuar muy graves males ocasionados por la Revolución y que pedían un pronto remedio, y de ponerlo todo sobre el mismo pie, mientras la Compilación prusiana fué hecha con el solo fin y con el deseo

de producir una obra perfecta, sin que ninguna necesidad exterior la reclamase.

Lo que yo considero como una segunda y notable superioridad de la Compilación prusiana, consiste en su relación con las fuentes locales, dado que no debía considerarse más que como derecho auxiliar en lugar del derecho romano, del derecho común de los sajones y de todo otro derecho y leyes subsidiarias extranjeras: todos los derechos provinciales debían continuar en vigor hasta que se hubieran ido elaborando en el término de tres años Códigos especiales. Habrá seguramente quien vea en esto más bien una imperfección de la Compilación prusiana: pero cuanto más de cerca consideremos su íntima formación, más se confirmará nuestra sentencia, según la que nuestro siglo no es apto para la codificación. Por lo demás, el plan, según el cual se elaboró, está á la vista de todos: el Derecho justiniáneo debía ser el fundamento general, del cual, sólo por motivos especiales se podría prescindir. Estos motivos eran, que algunos de los principios del Derecho romano podían ser producto de la filosofía estoica y de la índole del gobierno, como, por ejemplo, de la política de los emperadores ó de las antiguas sutilezas y ficciones de los jurisconsultos. Según esto, el Derecho romano, para la Compilación prusiana, tenía dos partes: una aplicable en general, y otra no aplicable por excepción: de donde nació el doble problema de separar lo que era excepción y comprender lo fundamental. Ahora bien; lo que en realidad se apoya en la filosofía estoica ó en la forma especial de gobierno, y lo que entraña sutileza rechazable, no puede, evidentemente, ser conocido, sino merced á una profunda historia del Derecho, y este mismo conocimiento histórico y un atento estudio de las fuentes, son también indispensa-

bles para comprender lo que es susceptible de aplicación. Si las escuelas de Nettelbladt y de Darjes, en las cuales fueron educados la mayoría de los que tomaron parte en la Compilación prusiana, poseyeron ese conocimiento histórico á que nos referimos y si hicieron el estudio profundo necesario de las fuentes, cosas son que cada cual puede juzgar con vista de los trabajos de las escuelas y de sus maestros. El principio de la obra tenía que ser un resumen completo de los libros de Justiniano. Fué primeramente encargado á Schlosser con quien, sin embargo, no llegaron á convenirse las condiciones. Por fin este compendio fué hecho por el doctor Volkmar, según un plan sistemático de Suárez. En comprobación de la perfección del trabajo, compuso Volkmar una remisión é indicación de todos los lugares del *Corpus juris*, según el orden del texto, anotando constantemente las correspondencias con el sistema, y los motivos por los cuales, en su caso, se comprendían en él. Ese compendio, fué después elaborado por Volkmar y Pachaly, debiendo este trabajo considerarse como el material primero de la Compilación. Lo que hay es, que de tal modo se ha estudiado, y tantas veces se ha rehecho, que es difícil de reconocer, sobre todo ya en la *Compilación prusiana.* Pero en la dirección de este trabajo nada ordinario, no sólo eran de gran importancia los primeros pasos, sino que el éxito total podía acaso depender por completo del primer trabajo; así que cuanto Volkmar hizo y deshizo, debió influir muchísimo en las obras ulteriores. Si cualquiera otro, sustrayéndose á estos influjos, independientemente del trabajo de Volkmar, y ateniéndose á las fuentes, hubiera señalado y ordenado de nuevo los materiales primitivos, entonces se hubiera llegado á determinar el valor decisivo de la obra de Volkmar en

punto al conocimiento y al uso de las fuentes. Mas esto no ha ocurrido: todas las subsiguientes revisiones han sido reguladas probablemente según ella, y de esta suerte el trabajo indicado ha continuado siendo el único, aunque sólo se estime al autor como mero compilador y no se le tome gran cosa en cuenta. Por lo demás, para tarea semejante hubiera sido de desear un hombre dotado de ingenio y erudición, y sería ciertamente interesante hacer, si fuera esto posible, el experimento de ver cómo Schlosser hubiera resuelto el problema: quizá, sin embargo, hay en el mecanismo mismo de todo el trabajo un obstáculo, en virtud del cual semejante encargo no sería aceptado por un espíritu elevado é independiente.

Si se atiende al resultado, el juicio exacto es más difícil de formular que tratándose del Código francés, pues que las discusiones de la Compilación prusiana no se conocen. Por otra parte, parece que el plan de la obra, al igual que la administración de justicia, en la cual debía aquélla fundarse, no siempre han sido los mismos. En el origen, Federico II tuvo, sin duda, la idea de que el Código debía ser, sobre todo, simple, popular y materialmente completo, de modo que el oficio del juez consistiera en una mecánica aplicación del mismo. En su virtud, prohibió en absoluto toda interpretación, y quiso que en caso de silencio ó de ambigüedad en la ley se debía siempre consultar al poder legislativo. En el Proyecto de Código, viene, en sustancia, á prohibirse al magistrado la interpretación, pues para todo caso especial se impone también la necesidad de acudir á la Comisión legislativa (1). Muy de otra suerte es la Compilación prusiana; quiere ésta que el

(1) *Proyecto*. Introd., §§ 34-36.

juez tenga presente el motivo de la ley, pero que por lo general decida en cada caso, aun en el silencio de la ley, según los principios generales del Código y según lo prescrito por la ley en casos análogos (1); por lo que el recurso ante la Comisión legislativa quedaba muy limitado, ocurriendo además que en los casos en que tiene lugar la decisión de la Comisión no ligaba más que al magistrado recurrente (2). En la última edición de la Compilación prusiana, hasta este recurso limitado fué derogado, autorizándose al juez para la interpretación legal en todos los casos posibles (3). La condición del magistrado es, según esto, indudablemente distinta por completo de la que le daba Federico II: su ministerio, de puramente mecánico, se transformó así en científico. Sin embargo, la interpretación libre del juez no es más que la excepción de la regla, por lo que no tenía valor sino en los casos rarísimos en que faltase una disposición legal correspondiente; y aun en éstos, lo procedente era indicar al gobierno la falta para proveer á ella por medio de una nueva ley (4). Como se ve, la misma tendencia de la ley existente era procurar que los casos particulares de derecho como tales fueran registrados y uno por uno decididos. En este punto el método de la Compilación prusiana es completamente opuesto al que antes hemos descrito en las obras de los jurisconsultos romanos, y no me parece que las ventajas estén del lado de la primera. Entre los romanos todo descansaba en el supuesto de que el jurista poseía por completo el sistema informador, y por tanto se hallaba en

(1) *Introd. á la Comp. prus.*
(2) Ibid., §§ 47-48.
(3) Primer apéndice á la Comp. prus., § 2.
(4) *Introd. á la Comp. prus.*

condiciones de encontrar, respecto de todo caso especial, la solución conveniente. A esto, nada menos, lleva, tanto la enérgica é individual intuición de las relaciones particulares de derecho, cuanto el seguro conocimiento de los principios cardinales en su complejidad y en su subordinación; y así ocurre que, hasta en los casos más particulares de derecho, en las aplicaciones más circunstanciales, se les ve siempre cómo encarnan en sus decisiones concretas las expresiones del aspecto general y comprensivo. Esta diferencia, nadie creo yo que nos la niegue si hace el parangón entre la Compilación prusiana y las Pandectas; mucho más se observa que este parangón, oportunísimo ahora, no se refiere á cuestiones particulares de redacción de los romanos, sino tan sólo á su método en general. En lo que concierne á la buena inteligencia individual de las ideas, el defecto de la Compilación prusiana resalta menos y es menos sensible, porque la material integridad de las particularidades tiende por su misma naturaleza á suplir este vacío; pero en lo relativo á las reglas prácticas, verdadero fin de todo Código, la consecuencia de todo esto es que la mayoría de las disposiciones de la Compilación prusiana, no refleja la elevación de los principios generales fundamentales, ni tiene la evidencia de los particulares, sino que vacila entre estos dos extremos, mientras los romanos poseen ambas cualidades en su punto y sazón. No se debe desconocer, por lo demás, que una de las más grandes é invencibles dificultades está en el grado actual de desenvolvimiento de la lengua alemana, la cual, en la parte jurídica, es generalmente débil y no satisface plenamente todas las necesidades de la legislación.

Hasta qué punto, á causa de la lengua, es dificilísima, cuando no imposible, la exposición en vivo de las

relaciones individuales de derecho, puede verse claro por quienquiera que se decida á intentar una versión de las Pandectas. Los franceses tienen una gran ventaja sobre nosotros en esto, por la mayor y mejor determinación de las formas y por lo latino del origen de su lengua; pero no han sabido recabar todo el provecho que de esta ventaja podía resultar, según aparece de la indicada pobreza de sus conocimientos en la materia.

Estas observaciones no tendrían su verdadero significado, si alguien quisiera ver en ellas la idea de que los autores de la *Compilación prusiana* no se habían fijado en el futuro estudio de la misma: no se trata de eso en verdad. Notabilísimo es, en este concepto, el programa de 1788, el cual pedía un libro elemental dividido en dos partes, de las cuales la primera debería contener un derecho natural inspirado en el Código mismo, y la otra un extracto del derecho positivo. Tal idea del derecho natural ha sido mal acogida, pero sin razón, toda vez que debía evidentemente comprenderse bajo aquél lo que el mismo legislador consideraba como general, no como positivo; cuestión esta histórica muy importante y análoga á la del *jus gentium* de los romanos. Se había tenido no poco en cuenta el conocimiento científico del derecho práctico, que antes la Compilación prusiana, en la nueva edición, reconoce como suprema necesidad, pero no puede menos de afirmarse al propio tiempo una íntima contradicción en la manera cómo la obra se había constituido, según la primitiva idea de Federico II.

Es siempre digno de censura cualquier método que ignore, ó tenga en poco, las opiniones de su siglo; de este lado, ningún ataque puede dirigirse á la legislación prusiana, ya que, no sólo se reunieron los dictá-

menes de los hombres especiales, sino también los de todos los alemanes doctos, y quienquiera que sin prevención observe y estudie, admitirá sin duda que lo que se ha hecho y lo que se ha descuidado, corresponde en absoluto á las opiniones y al espíritu del siglo.

La voz del más potente adversario, de cuantos se han dejado oir, confirma más bien que destruye nuestro aserto. No desconozco cuánto hay de bueno en las opiniones y juicios de Schlosser; pero lo que en él se encuentra de mejor, es lo concerniente al carácter general político de nuestro siglo, toda vez que sus ideas en punto á las necesidades peculiares del Derecho civil no eran muy claras. Muéstrase esto en la proposición que hace de un código; pero más aún, en su designio de reducir el *Corpus juris* á un *caput mortuum* de leyes particulares de menos de diez folios. Que no era hombre inferior á su asunto, lo demuestra su ingeniosa y estupenda Memoria acerca del estudio del Derecho romano puro.

Un juicio completo acerca de la parte técnica de la Compilación prusiana sólo sería posible cuando los indicados materiales estuviesen elaborados y al alcance del general conocimiento. Cuanto se haga por la conservación y la propaganda de las importantes fuentes históricas, debe ser mencionado con encomio; así citaremos la ordenación de los materiales, dispuesta por el ministro de Justicia Kircheisen y llevada á cabo con la mayor perfección. Pero no debe olvidarse, que el propio interés liberal por la historia interna de la Compilación prusiana, demanda la publicación de un compendio á propósito para aquel objeto. Nada, en verdad, hay que temer en ello, puesto que un trabajo hecho con la debida ponderación pue-

de muy bien resistir la prueba de cualquier género de juicios. Que con esta publicación, aun desde el punto de vista histórico del conjunto, podrían reconocerse como inconsistentes muchos particulares, es cierto, no hay duda; pero será esto evidentemente un bien, por lo que sería deseable para toda legislación un medio tal, en virtud del que pudiera ir perfeccionándose en sus intrínsecos elementos. Estos materiales resultarán más instructivos que los publicados sobre el Código francés, los cuales, por lo general, sólo conciernen al paso del proyecto al Código; no dando acerca del origen del proyecto, cosa mucho más importante, indicación alguna, por lo que es preciso contentarse con las doctas declamaciones de los varios oradores. En realidad, los materiales prusianos pueden llevarse fácilmente hasta el primer momento del proyecto. Otra ventaja muy especial es la de que por ese medio, la Compilación prusiana adquiriría una vida histórica y literaria de que hasta al presente se halla desprovista. Por lo demás, el que pudiera resultar injustamente algún daño de ciertas parciales oposiciones, no hay por qué temerlo, toda vez que entre los hombres ilustrados y doctos, de cuya abundancia pueda estar orgulloso el foro prusiano, habría muchos que sabrían, de seguro, contrarrestar semejante injusticia.

La historia del Código austriaco tiene con la de la Compilación prusiana gran semejanza: el impulso primero dado á ambas fué coetáneo, á mediados de la mitad del siglo pasado (1753, 1746); además, las con-

diciones de la literatura jurídica alemana debieron influir de análogo modo en una que en otro. Su fundamento fué una obra manuscrita, de ocho gruesos volúmenes en folio, sacado su contenido de la mayoría de los comentaristas romanos, y completa ya en 1767.

Horten hizo un compendio, que fué reducido por Martini á Código: esta labor de Martini revistió el carácter de pública y fué examinada por los tribunales y las universidades austriacas, resultando al fin de esta revisión el actual Código.

La cooperación de jurisconsultos de los demás Estados de Alemania parece haber sido muy insignificante, y por otra parte, no tenía por qué ser muy deseable, á causa del mal éxito del concurso abierto con ocasión de una Memoria sobre la usura, y porque la Compilación prusiana había recibido ya tales socorros, que podían aprovecharse para el Código austriaco; tampoco se quiso abrir concurso alguno para la crítica, como se había hecho en Prusia, y, realmente, si no se conceptuaba oportuno proponer un premio, podía esto estar fundado en muy excelentes razones; pero, aunque fuera sin premio, era fácil obtener opiniones y juicios. Lo que hay es, hablando sinceramente, que, dada la gran restricción del comercio literario del resto de Alemania con Austria, la mera difusión de los ejemplares del proyecto no bastaba: así, pues, una circular, dirigida á todas las Universidades alemanas, no hubiera dejado, seguramente, de producir su efecto.

Esta empresa, pues, que, por su naturaleza, no podía fundarse más que sobre las condiciones científicas de toda la nación, fué cumplida al modo de un negocio ordinario y exclusivo de Austria. Ahora bien; una segregación de esta naturaleza es, en sus efectos, si no decisiva, á lo menos perniciosísima.

En lo que á la materia se refiere, podría, acaso, esperarse, en virtud de los rescriptos de la emperatriz María Teresa, una mayor originalidad en el Código austriaco que en la legislación prusiana, supuesto que los autores de aquél no estaban ligadas al Derecho romano, y debían sólo hacer valer la equidad natural. Pero lo que dejamos dicho acerca del primer fundamento del Código austriaco, el cual está tomado de entre los libros de los comentaristas romanos, y, por otra parte el examen del Código, muestran que se ha bebido en las mismas fuentes, aunque menos puras y menos directamente que se hizo para la Compilación prusiana. En la redacción, desde luego se ve la capital diferencia, por lo que en el Código austriaco no se ha logrado, como en el prusiano, fijar la casos particulares de derecho; sólo se ha llegado á presentar la idea de las relaciones jurídicas, y las reglas más generales á ellas referentes. En suma: por su forma y disposición se asemeja muchísimo á un compendio elemental más ó menos completo.

Necesario es examinar ahora particularmente la ejecución, tanto respecto de la idea (parte fundamental y teórica), cuanto respecto de las reglas prácticas.

No es necesario insistir, porque la cosa es por sí misma evidente, para demostrar que la idea de las relaciones jurídicas en una obra de este propósito y extensión debe ser de lo más importante en ella. Si en la Compilación prusiana resulta eclipsada, es á causa de la abundancia de las reglas prácticas, así que la manera defectuosa con que está tratada no es tan perjudicial. Sin embargo, aun en esto pueden dirigirse al Código austriaco no pocas objeciones. En efecto, las ideas relativas á los derechos son en parte demasiado generales é indeterminadas, y en parte

están fundadas con demasiado exclusivismo en la letra del Derecho romano, ó más bien sobre la falsa interpretación de sus últimos comentaristas; lo que no hubiera podido ocurrir con un profundo conocimiento de las fuentes. Y no sólo tiene el Código austriaco estos dos defectos, propios también de la Compilación prusiana (la cual, según advertimos, no recibe por ellos gran perjuicio), sino que aún hay otros que poco á poco irán apareciendo mediante algunos ejemplos.

Trátase aquí de la construcción misma de las ideas, no de las definiciones, á las cuales, en su calidad de meros signos de la construcción, no suele atribuirse más que un valor condicional y subordinado, y las cuales sólo bajo este aspecto, y no por sí mismas, formaran parte del siguiente examen. Ante todo, ya se ha advertido cómo en el Derecho romano resultan siempre claramente distintas y fuertemente determinadas las dos ideas de los derechos reales y de las obligaciones, debiendo decirse lo mismo de la idea del *status*. Ahora bien; en el Código austriaco se ha puesto como base la distinción entre derechos personales y derechos reales (§ 14-15) sin que por lo demás se definan, ni según el Derecho romano, ni de ningún otro modo. La Compilación prusiana en este punto es más exacta (§ 1, 2, § 122, 130).

La noción de cosa (§ 285 y siguiente, § 303) está tomada con una tal generalidad, que difícilmente se encontraría ninguna á la cual no pudiera convenir; artes, ciencias, aptitudes, ideas, todas son cosas según aquella amplia definición. En cambio, fúndanse de un modo inmediato sobre la idea de cosas dos de los más importantes conceptos del derecho, la posesión (§ 309) y la propiedad (§ 353, 354), siendo eviden-

te que por esto mismo resultan esas nociones muy indeterminadas é inaplicables. Así, por ejemplo, al tenor del § 309, deberemos atribuir á un literato la posesión jurídica de su ciencia, porque se halla ésta en su poder y tiene la voluntad de conservarla. Verdad es que en el desenvolvimiento de la doctrina se introduce de un modo insensible una idea de cosa más limitada, si bien no se determina en parte alguna; pero tal idea circunscrita, introducida tácitamente, no basta de ningún modo para distinguir, por ejemplo, la posesión y la propiedad. La Compilación prusiana (I, 2, § 3) tiene en este punto la ventaja de una idea de la cosa especialmente precisa y restringida, de la cual se deducen muy bien las diferentes relaciones jurídicas. Un escollo aún más general que se deriva de lo inaplicable de aquella idea de cosa en el Código austriaco, se manifiesta con gran fuerza en la división de los derechos personales y reales (§ 307). Entre los derechos reales se enumeran las cinco conocidas clases denominadas: posesión, propiedad, prenda, servidumbre y herencia (§ 308), y con sólo ver este modo de indicarlas basta para comprender la imposibilidad absoluta de idea alguna determinada general.

Los objetos de la usucapión están indicados de un modo tan general (§ 1455) que muchos derechos, por ejemplo, las obligaciones, podrían enumerarse, sin saber si este modo de adquirir se le aplicará ó no, á no ser de un modo demasiado forzado; aplicación esta que por lo demás quizá no se menciona una sola vez. La Compilación prusiana (I, 9) evita este escollo, tratando la doctrina de la prescripción completa, bajo el título de modos de adquirir la propiedad.

En las servidumbres personales se establece la distinción entre el derecho de uso y de usufructo, te-

niendo en cuenta que el primero debe limitarse á las meras necesidades del que lo goza, y el segundo no (§ 504, 509). El sentido práctico de esta distinción es el siguiente: que cuando los contratos y los testamentos hablan de un derecho de uso, se aludirá al derecho sólo limitado á la necesidad. Pero esta interpretación no es hasta cierto punto la más natural, pues no es así como de ordinario se entiende la palabra *uso*. De dónde procede la idea antes indicada es fácil verlo: trátase del *usus* en oposición al *ususfructus;* pero no es el *usus* de los jurisconsultos romanos, que se encuentra erróneamente interpretado en nuestros compendios hasta estos últimos tiempos. Los romanos entendían por *usus* el uso sin otro goce de los frutos: tratándose de un caballo, el montarlo y el hacerle tirar del coche, pero no el potro ó el precio.

Ahora bien; cuando por error se había concedido un *usus* de una cosa, respecto de la cual, ya en todo, ya en parte, el puro uso era imposible, lo interpretaban por vía de excepción, como una concesión de pleno ó parcial usufructo, admitiendo (pues de otra suerte sería imposible) que el que lo concedía se había expresado mal, debiendo el intérprete suplir su falta. La peculiar existencia de este *usus* en el Derecho romano, débese á la índole de la lengua, y no existiendo en nuestro idioma vocablo análogo de la misma fijeza, y tan determinado, la Compilación prusiana ha seguido el camino más corto de suprimir el *usus*, poniendo en primer término el usufructo, y advirtiendo en general que se podría conceder en su lugar derechos de goce limitado (I, 21, § 227).

La diferencia entre el tutor y curador (§188) parece al pronto consistir en que el primero atiende al cuidado del menor, y el segundo al de todos los demás incapa-

citados ó interdictos: terminología esta, que en realidad podría ser propia sin inconveniente de este Código. Pero no es así, porque con frecuencia se da á los menores un curador y no un tutor (§ 270-272.) Sin duda, se sigue en este caso al Derecho romano, el cual también daba con frecuencia al pupilo un simple curador: sólo se ha generalizado, y con razón, la aplicación á todos los menores. Mas es preciso tener en cuenta, que en el Derecho romano la indicada distinción entre la tutela y la curatela tiene en sí un particular fundamento. El tutor en el Derecho romano es aquella persona, por cuya autoridad *(auctoritas)*, se da validez á los actos del pupilo, los cuales, de otra suerte, no tendrían valor, mientras que el curador no es más que un común gerente de negocios ajenos. Lo propio y lo saliente del tutor romano consiste, pues, en que con su asistencia el pupilo podía hacer estipulaciones, vindicaciones y demás actos que no se podrían cumplir por medio de un representante nombrado, y, por tanto, ni aun por medio de un curador. Realmente, la clave de la tutela romana, en lo que tenía de propia y distinta de la curatela, estaba precisamente en la regla: *per extraneam personam nihil adquiri (neque alienari) potest* (1); regla que más tarde se restringía á los meros actos civiles (2), si bien, respecto de éstos, fué mantenida hasta los tiempos de Justiniano, como lo demuestran las citas hechas de su libro. Por nuestra parte, en nuestro Derecho, no tenemos de esto verdadero vestigio: y así, no hay por qué conservar entre el tutor y el curador la distinción romana, que ha perdido ya toda su antigua significación.

(1) § 5, Inst. *per quas personas.*
(2) Inst. § cit.—L. 53, D. *de adquir. ver. dom.*

Ahora bien; el Código austriaco desde la primera introducción, hasta la parte que trata del tutor (§ 188), procura excluir los casos en que el administrador de los bienes de un menor sea un simple curador. Lo verifica con la regla de que: «El tutor debe cuidar principalmente de la persona del menor, y al propio tiempo debe administrar los bienes.» La consideración en primer término de la persona, he ahí lo característico del tutor frente al curador, si bien, según el § 218, esa consideración y cuidado se tienen á veces por este último. Ahora bien; como claramente se ve, es esta la regla del Derecho romano: *personae, non rei vel causae (tutor) datur* (1): la cual, en nuestros modernos compendios, al igual que en el Código austriaco, ha sido modificada en atención á que no podía prescindirse del cuidado de los bienes por el tutor (2). Por todo esto, es por lo que se atribuye al tutor (§ 216), al modo que al padre mismo, el derecho y el deber de la educación del pupilo, si bien en ciertos casos importantes y delicados, necesita de la autorización del tribunal. Mas el espíritu de la regla del Derecho romano, es en rigor distinto. La *persona* de que aquí se habla es la persona jurídica del pupilo, su capacidad en los actos formales. La principal misión del tutor es dar una fuerza y validez á esta capacidad en todas sus aplicaciones: así debe extenderse su función, de un modo general á todas las partes de la fortuna del pupilo, no pudiendo ser limitada á relaciones jurídicas particulares. Por esto, pues, el tutor romano no tiene intervención sobre la educación del pupilo, de la cual

(1) L. 14, D. *Di testam. tut.*

(2) Hellfeld § 1298. «Ipsa vero tutela consistit in defensione personae pupili principaliter, et secundario in defensione bonorum pupillarium.»

dispone en absoluto el pretor, según las circunstancias, pudiendo recaer su elección sobre el tutor, pero al igual que podría recaer sobre cualquier otro (1). Se objetará quizá que este principio del Derecho romano se ha querido, con razón, modificar. Sin duda; pero todo cuanto con él se relacione implica en contra una no leve dificultad. Como luego el Código ha tomado del Derecho romano el estricto derecho de los parientes más próximos á la *tutela legítima* (§ 198), aquella facultad general de sus futuros herederos, *ab intestato*, sobre la persona del menor (2), es sumamente perniciosa. No hace falta llegar á suponer el caso extremo en que el tutor atente contra la vida del pupilo para sucederle; mil casos pueden presentarse en que la guía y educación del pupilo corran gran riesgo en manos de su futuro heredero. Y cuenta que no ofrecen garantías suficientes ni los motivos de legítima exclusión de la tutela (§ 191-193), por cuanto la mayoría de las veces no podrán comprobarse sin la autorización de los tribunales, á la cual sólo en muy graves ocasiones se acudirá (§ 216); ni tampoco la denuncia que se puede hacer por abuso de autoridad (§ 217).

He aquí una buena ocasión de admirar el sabio enlace orgánico de los distintos principios de derecho. El derecho romano impide á su *tutela legítima* el poder convertirse en instrumento de iniquidad, separando de ella la educación; la función principal del tutor

---

(1) Digesto. Lib. 27, tít. 2.

(2) De hecho, en el Derecho romano era generalmente llamado á la tutela el heredero *ab intestato:* en el Cód. aust. podría ocurrir, á causa del orden de sucesión en línea recta, que el heredero *ab intestato* y el más próximo pariente llamado á la tutela, fuesen dos personas distintas: pero en la mayoría de los casos será también la misma persona.

es la de autorizar, y naturalmente de nadie mejor que del futuro heredero, podrá esperarse la prudencia en las enajenaciones y en las promesas. En la Compilación prusiana, al modo mismo que en el Derecho romano, el tribunal es el que, sin ingerencia alguna del tutor, designa el encargado de la educación (II, 18, § 320), y, por otra parte, ninguno de los parientes determinadamente tiene derecho á la *tutela legítima* (II, 18, § 194), lo que en verdad es muy conforme con nuestro moderno modo de considerar la tutela. Por lo demás, la Compilación prusiana procede de una manera más franca y explícita al determinar la idea de la tutela. Llama tutor á aquel que debe cuidar de todos los intereses, y curador al que cuida sólo de algunos (II, 18, § 3 y 4). Del propio modo se ha prescindido por completo de la nomenclatura romana, y con razón, obteniéndose así un mayor nexo lógico en la doctrina. De esta suerte, por ejemplo, el demente tiene también su tutor (II, 18, § 12), mientras en el Código austriaco no tiene más que un curador (§ 270). Este Código, sigue en esto al derecho romano, pero la razón, en virtud de la cual el derecho romano establecía una gran diferencia entre el administrador del pupilo y el del mentecato, consistía en que sólo sobre el primero era posible una *auctoritas*, mientras sobre el segundo no, razón esta que hoy no existe.

Nadie se atreverá á sostener que sean estas cosas de poca importancia, de que no se deba tratar; basta, en efecto, considerarlas atentamente para ver cuánta es la influencia de este lazo y de esta significación de las ideas sobre los principios del derecho.

Hasta ahora hemos visto la construcción de las ideas en el Código austriaco y sólo de pasada hemos hablado de los principios prácticos, en cuanto sobre

éstos influya inmediatamente aquella construcción. Pero á partir de aquí, hablaremos más especialmente de estos principios. Ya se ha advertido que en el Código austriaco no se tuvieron presentes los materiales especiales en que se inspiraron los compiladores prusianos, así que la decisión de los casos particulares de derecho no puede, en la mayoría de las ocasiones, encontrarse en él de un modo inmediato, como tampoco se puede encontrar en el Código francés, por lo que cuantos resulten fuera de ambos y para los que en ellos no se suministre una solución, tienen que ser objeto de una atención más detenida. El Código austriaco mismo alude (§ 7) á una doble fuente que se debe considerar á manera de complemento; en primer término, se atenderá á las decisiones textuales de casos análogos; en segundo lugar, al derecho natural. La primera fuente, de seguro será un auxilio de escaso valor, atendida la insuficiencia material y formal del Código, que minuciosamente hemos procurado demostrar. La segunda (el derecho natural) se ha reputado por los mismos redactores que últimamente intervinieron en la compilación del Código, como altamente perniciosa para la administración de justicia.

La consecuencia de esto será aquí, como en el Código francés, muy distinta de la que el código mismo parecía querer; porque inadvertida y ocultamente la teoría científica mantendrá sobre la administración de justicia el influjo que el código estaba llamado á quitarle. Ahora bien; todo dependerá de que la teoría dominante en general sea buena ó mala, resultando que las condiciones de las escuelas obrarán de un modo decisivo sobre la administración de justicia y de una manera distinta de la que el mero conocimiento del Código supone.

Si este juicio por mí emitido respecto de los tres Códigos modernos es fundado, resultará confirmado mi aserto de que el presente siglo no tiene vocación alguna para acometer codificaciones, lo cual será, sin duda, una muy importante confirmación. Una y otra vez hemos repetido todo lo que los franceses son capaces de hacer en la vida práctica á fuerza de tacto y habilidad; sabido es, por otra parte, durante cuánto tiempo han trabajado y con qué celo, los preclaros y doctísimos hombres que intervinieron en la elaboración de los Códigos alemanes; si, pues, á pesar de tantos y tan variados esfuerzos no se ha logrado el fin que se perseguía, es que existían en la cultura del siglo obstáculos insuperables. Y una persuasión tal, es, sin duda, decisiva, considerando que los ardientes protectores de los Códigos tenían una garantía de buen éxito en sus vivos esfuerzos á este fin encaminados, lo que, según todas las experiencias, puede afirmarse que no basta. Si ahora tratásemos de comparar la actual condición de la cultura jurídica con aquella en medio de la cual se han producido los Códigos que hemos examinado, á fuer de imparciales, sería preciso reconocer que ambas no se diferencian gran cosa.

Por lo demás, todas nuestras observaciones no se refieren tan sólo á defectos parciales cuya enmienda podría fácilmente dar al conjunto su perfección, haciéndola adecuada y suficiente, dado su fin; antes bien se refieren al carácter de toda la obra; las particularidades puestas de relieve deben servir tan sólo para poner en evidencia aquel carácter general y confirmar el juicio acerca de él. Sostiene una opinión distinta un moderno escritor (1), el cual piensa, hablan-

(1) Schmid: *Renacimiento de Alemania.*

do del Código francés, que las pequeñas imperfecciones que en él se advierten podrían ser fácilmente salvadas, convirtiéndolo de este modo en un incontestable beneficio, que debería ser aceptado por todas las naciones. Verdad es que sería superfluo con respecto á nosotros ese monumento de la sabiduría extranjera, toda vez que, dice él, «hemos obtenido ya un Código que, por lo menos, nada tiene que envidiar del francés; además, tiene sobre éste la ventaja de poder ser aplicado á Alemania entera sin necesidad de grandes modificaciones». Su consejo, por lo demás, es el siguiente: que se empiece por adoptar provisionalmente dicho Código, dejando además la facultad á los gobiernos de proponer una Comisión legislativa que prepare los respectivos proyectos con las parciales modificaciones. Esta opinión nos parece por sí misma rechazable, prescindiendo de todo análisis del valor intrínseco de los Códigos, porque, de ser verdad que el Código francés es una obra perfecta, y que sólo con pequeñísimas modificaciones podría llegar á ser un beneficio, y que el Código austriaco, dintinto de aquel de un modo tan radical, es también en igual medida excelente y hasta mejor para ser aplicable en la forma dicha, sería preciso atribuir á los Códigos en general y por sí mismos una excelencia de conjunto extraordinaria y deseable.

CAPÍTULO VII

Qué es lo que se debe hacer donde no hay Código.

Al investigar lo que debe hacerse, es preciso distinguir los países en que domina hasta hoy el derecho común y un derecho municipal (con la breve interrupción del imperio del Código francés), de aquellos que ahora viven bajo Códigos propios.

En los países del derecho común, tres cosas constituyen las prósperas condiciones del Derecho civil: primera, fuentes suficientes de derecho; segunda, magistrados de probidad experimentada; tercera, una bien entendida forma de procedimiento. Acerca de estos tres puntos volveré á hablar más tarde, á fin de demostrar mis asertos con la extensión que mi plan requiere.

Ante todo, por lo que se refiere á las fuentes de derecho (entre las cuales debería figurar también el Código que se quiere introducir), mi opinión sería que se sustituyese el Código nuevamente y se conservase allí donde no impera la misma combinación del derecho común y del derecho municipal, que antes dominaba en toda Alemania.

Considero esto como una fuente, no sólo suficiente,

sino buenísima, cuando la jurisprudencia cumple su fin en aquello que sólo por ella puede ser realizado.

A la verdad, si consideramos nuestra condición cual es realmente, nos encontraremos en medio de una masa enorme de ideas y de opiniones jurídicas transmitidas y acumuladas de generación en generación; montón de materiales que de ninguna manera dominamos, pero que en cambio, á pesar nuestro, nos dirige y empuja. Sobre esto recaen todas las quejas que se producen respecto del estado de nuestro derecho, y de aquí se originan todos los deseos favorables á una codificación.

Estos materiales nos sitian y siguen de todos lados, sin que á menudo lo sepamos. Quizá alguien crea que esta acción se podría destruir, procurando romper todo hilo histórico y comenzar una vida completamente nueva; pero en rigor semejante empresa descansaría en una verdadera ilusión. Porque es imposible destruir las opiniones de los vivientes jurisperitos; imposible mudar el fondo de la naturaleza de las relaciones jurídicas, y sobre esta doble imposibilidad se funda el lazo indisoluble y orgánico entre las generaciones, en las cuales puede sí admitirse desenvolvimiento, pero no un principio y un fin absolutamente determinados. Y mucho más si se tiene en cuenta que, mientras los principios de derecho no cambian, nada puede hacerse, y que, según se ha hecho notar más arriba, la tendencia de las ideas, las cuestiones y los problemas se hallan siempre determinados mediante el estado precedente, pudiendo verse claro el dominio del pasado sobre el presente, con sólo compararlos entre sí de un modo reflexivo y en serio.

En suma, pues, esta predominante influencia de los materiales existentes, no puede evitarse en manera

alguna; lo que hay, es que será para nosotros perniciosa si la sufrimos ignorándola, y benéfica si la oponemos una viva fuerza organizadora, y si merced á un profundo conocimiento histórico nos apoderamos de aquellos materiales, apropiándonos todo el patrimonio de las pasadas generaciones. No tenemos, por tanto, más que esta elección: si queremos, según la expresión de Bacon, *sermocinari tanquam e vinculis,* ó bien con el auxilio de una sólida ciencia del Derecho llegar á saber servirse de estos materiales históricos libremente como de nuestro propio instrumento; no es posible otra alternativa. En semejante elección, podría desde luego vencer por sí misma la forma científica como la parte más noble; pero hay en esto también que tener en cuenta ciertos particulares motivos provenientes de nuestra situación. Ante todo, está la general tendencia científica connatural á los alemanes, y gracias á la cual se adelantan en no pocas cosas á las demás naciones: es preciso que hagan lo mismo en las relaciones políticas; de modo que no haya para qué citar con la experiencia de otros pueblos y de otros tiempos, como por ejemplo con la condición de Derecho civil en Inglaterra, ni con aquella en que estuvo bajo nuestros mayores. Möser ha desenvuelto en una magnífica memoria, la diferencia entre lo que él llama arbitrio y lo que denomina sabiduría; entre nuestros mayores pudieron mantenerse la libertad y la justicia, mientras los juristas contemporáneos prevalecieron é imperaron, pero nosotros no podemos hacer nada sin el auxilio de la sabiduría de la ciencia.

Sólo cuando, merced á un severo estudio, hayamos adquirido un más completo conocimiento y una mayor y más aguda perspicacia histórica y política, será posible un juicio recto sobre los materiales transmitidos

hasta nosotros. Mientras esto no ocurra, lo más prudente será dudar por un momento antes que tomarlos por costumbres decaídas ó por mera inercia jurídica; debiendo andar aún con mucho más cuidado en la aplicación del *bisturí* á nuestra condición, porque muy fácilmente podríamos atacar en carne viva no conocida, y contraer de esta suerte la más grave responsabilidad para el porvenir. En el espíritu histórico está también la única garantía contra una especie de ilusión que en los individuos, al igual que en todos los pueblos y en todos los siglos, constantemente se reproduce; me refiero á la tendencia á reputar como general á toda la humanidad lo que nos es propio y peculiar. Así, en alguna ocasión se ha compilado, tomándolo de las instituciones, un derecho natural, omitiendo en él todo lo que había de especial, y conceptuando tal derecho como producto inmediato de la razón. Hoy ya no hay quien no mire ese procedimiento con cierto desdén compasivo; pero, á pesar de todo, constantemente estamos viendo quienes tienen sus ideas y opiniones jurídicas como muy racionales, sólo porque ignoran cuál es su origen. Mientras no conozcamos nuestra individual relación con el mundo todo y con su historia, por necesidad debemos ver nuestras ideas bajo un falso aspecto de universalidad y de espontaneidad. El único remedio contra esta ilusión engañosa es el espíritu histórico; lo que hay es que el dirigirlo contra nosotros mismos es una de las más arduas aplicaciones que de él podemos hacer.

Alguien podría sentirse tentado, en vista de nuestra particular condición, á admitir si la necesidad de este histórico conocimiento de los materiales, entre los cuales nos vemos involuntariamente cogidos; pero considerándolo un mal, y teniendo en cuenta que exige

fuerzas que será mucho más útil dedicar á un fin distinto. Opinión esta que, en verdad, sería funesta, por despertar indebidamente el sentimiento de un peligro inevitable; por nuestra parte la conceptuamos completamente falsa, porque desde luego creemos que aquella necesidad, lejos de ser un mal, es un gran bien. De hecho en todos los pueblos cuya historia merece especial atención, tropezamos con la transición ó paso de la restringida, pero potente y vigorosa individualidad, á las condiciones en las cuales el carácter peculiar del pueblo se va perdiendo bajo el imperio de aquellos caracteres comunes á todos los demás.

Este camino tiene, por lo demás, el derecho civil, y también se puede llegar en él á perder el sentimiento de la individualidad nacional. Así ocurre que cuando los pueblos viejos consideran las particularidades numerosas que su derecho va perdiendo, se dejan llevar sin gran oposición del error antes indicado, según el cual conceptúan el derecho propio que aún les queda, como un *jus quod naturalis ratio apud omnes homines constituit*. No hay duda que de este modo se pierden poco á poco las propiedades originales que el derecho tiene en los tiempos primitivos. Pero querer volver á estas pasadas condiciones sería de seguro un procedimiento tan infructuoso como descabellado; sin embargo, hay en este punto algo que hacer, este algo consiste en mantener viva é incesante la contemplación y estudio de dichas condiciones, como medio de hallarse prevenido contra la exclusiva preocupación del presente. Si en general la historia, aun la de la infancia de los pueblos, es por sí misma un estudio noble, en la edad adulta como aquella en que nos encontramos, tiene además un fin muy saludable. Sólo mediante ella se puede mantener en vivo la relación con

el primitivo estado del pueblo, relación que, una vez perdida, acarrea la pérdida de la mejor parte de la vida intelectual y moral de la nación.

Síguese de lo expuesto, que, según esta doctrina, lo que debe hacer del derecho común y del derecho local, fuentes verdaderamente útiles y sin inconvenientes, es el riguroso método histórico aplicado á la jurisprudencia. El carácter de nuestro método no es, como se ha dicho injustamente, la veneración exclusiva del derecho romano, ó bien el acatamiento ciego de determinados materiales; todo lo contrario. Su objeto es encontrar hasta en su raíz la doctrina toda del pasado, es descubrir el principio orgánico, de manera que cuanto haya vivo se separe de las partes muertas ya, las cuales quedarán como meros objetos del dominio de la historia.

La masa jurídica que poseemos consta de tres elementos: el derecho romano, el derecho germánico, y las modificaciones sufridas por estos dos elementos primitivos.

El Derecho romano, aparte de su importancia histórica, presenta la ventaja de que por el alto grado de cultura en que se ha producido, sirve de ideal y de tipo á un mismo tiempo de la ciencia moderna. Esta ventaja no existe en el derecho germano, el cual, sin embargo, bajo cierto aspecto puede ser más oportuno que el romano, dado que está íntimamente ligado con nuestras costumbres: aunque no lo conservemos bajo sus antiguas formas, sería un error gravísimo creer que todo él ha desaparecido. El fondo que daba vida á aquellas formas, esto es, el espíritu nacional, sobrevive, y algunas instituciones germánicas pueden restaurarse, tanto en el derecho público, como en el privado, según su espíritu, ya que no bajo su forma mis-

ma: ahora bien; el propósito que como jurisconsultos perseguimos, ¿no tiende á revelar y á adivinar el espíritu de las instituciones jurídicas, mediante el estudio histórico de las formas bajo que tal espíritu pudo y supo producirse?

No debe, por fin, omitirse el conocimiento de las modificaciones sufridas por estos dos elementos, romano y germánico, puesto que en su largo camino hasta llegar á nosotros, se refleja la marcha de las necesidades nacionales y el influjo de los escritores jurídicos: ni debe prescindirse tampoco de penetrar en la historia del Derecho de la Edad Media, procurando separar cuanto aún hay de vivo en aquella informe masa acumulada de ignorancia, de superficialidad de los tiempos más miserables y escasos de literatura, privados de verdadera necesidad práctica. No es mi intención presentar aquí un modelo particular del método según el cual deba verificarse esta manera histórica de tratar todas las partes de nuestro Derecho; pero respecto del derecho romano, debo añadir aún alguna cosa, acerca de la cual no ha mucho que ha recaído cierta controversia. Lo que yo conceptúo como único punto inicial posible en semejante estudio, resulta claro de la exposición que queda hecha del derecho romano: es el derecho de las Pandectas: á partir de él, deben determinarse las transiciones hacia las posteriores modificaciones hasta Justiniano. Acaso no se encuentre esta manera de ver original, porque se conceptúe que es la misma de Justiniano, y que, á lo menos de nombre, es la que sirve de fundamento hace siglos á la alta enseñanza universitaria y á las más amplias obras sobre el derecho romano. De qué manera deben estudiarse ahora los antiguos jurisconsultos, fácil es decirlo aun cuando se podría no dar de ello una idea

clara sin una prueba efectiva: no deben dirgir la escuela, sino que se les debe hacer revivir: debemos en verdad penetrar su espíritu y procurar que nos sean familiares, hasta apoderarnos de su método propio, y por tal modo llegar á una situación tal de perfección, que, partiendo del punto inicial, podamos proseguir con conocimiento de causa su interrumpida labor. Y que esto es posible es cosa de que estoy firmemente persuadido.

La primera condición deseable para lograr este fin, es ciertamente una fundamental historia del derecho y el hábito de considerar toda idea y todo principio desde el punto de vista histórico. Sin duda hay mucho que hacer en esto; pero quien se fije en lo que la historia del derecho era hace poco más de cincuenta y cinco años, y cuánto ha progresado el conocimiento y el modo de tratarla, sobre todo después de Hugo, no dejará de sentir el espíritu abierto á las más halagüeñas esperanzas. En realidad, aquel que llegue á manejar bien las fuentes del derecho romano, hasta familiarizarse con ellas, encontrará de seguro en el estudio de nuestra moderna literatura de la Edad Media en adelante, muchas y con frecuencia ingratas fatigas: pero cuente que sólo por tal medio podrá completar sus conocimientos y sólo así evitará andar errante y sin rumbo fijo: en cambio, quien no llegue á penetrar el derecho romano en sus raíces mismas, andará, sin remedio, por la literatura moderna errante, en la mayor incertidumbre, acabando por ignorarlo y por tener que abandonarse al acaso.

Corresponde en todo caso al ulterior perfeccionamiento, y no al necesario fundamento del estudio, suplir esta laguna literaria. Por lo demás, este fundamento debe sin falta ser incluido en los cursos univer-

sitarios, para lo cual puede ser suficiente un año y medio ó dos, que es precisamente el tiempo que hasta ahora suele consagrársele. No diré que esto baste para una completa instrucción, que ningún hombre razonable podrá esperar jamás de la enseñanza universitaria: pero sí será lo suficiente para no ignorar completamente las fuentes, para poder leerlas por sí mismo y leer además los modernos escritores con independencia y con propio juicio, en lugar de seguir ciegamente sus opiniones. Y cuenta que no se podrá alegar en contra la experiencia de una eficaz enseñanza, mientras en ésta no se haya llegado á las fuentes.

En los tiempos modernos se han producido respecto de las condiciones de nuestro estudio, dos opniones divergentes y completamente opuestas. Thibaut lo pinta tan lleno de dificultades, que quien quisiera intentarlo debería sin remedio sentirse acobardado. Así, por ejemplo, afirma que, apenas si después de mil años podremos alcanzar la fortuna de poseer una obra que no deje vacío alguno en punto á todas las doctrinas del derecho romano. Ahora bien; ese tiempo puede ser mucho ó poco, según se tome. Agotar completamente un problema histórico, de modo que no quede ya ni la posibilidad de dar un paso adelante, es cosa que no le será dable lograr á nadie, ni aun pasados esos mil años: mas para llegar á alcanzar una más segura contemplación del derecho romano, y para hacer un uso más inmediato y racional de él, no exigimos tanto tiempo: en su mayor parte es posible hoy ya, sin que esto suponga que se haya de detener aquí la marcha siempre progresiva, cosa esta que no conceptúo como una imperfección, sino como un verdadero mérito de nuestra ciencia. Todo depende de la

manera cómo el estudio sepa regularse. Hace cien años se consagraba en Alemania al estudio del derecho romano más tiempo aún que ahora: sin embargo, es incontestable que en punto á conocimientos especiales no se podía lograr lo que ahora se logra, merced á los buenos profesores. Por lo demás, las dificultades que Thibaut cree invencibles, no deben llamarnos demasiado la atención. Quien vaya bien dirigido, puede, aunque sea con una mala edición de las Pandectas estudiar y comprender el método de los jurisconsultos romanos. Se expondrán ciertamente á muchos errores de detalle, pero podrá salvarlos con un poco de buen juicio, y sirviéndose al efecto de tres ó cuatro ediciones que fácilmente puede procurarse cualquiera.

Por lo demás, se confunden aquí lastimosamente dos cosas: lo que sin duda se refiere al gradual y laborioso desenvolvimiento de un gran problema histórico, con lo que es condición necesaria de un grado inmediatamente posible y en cierto sentido suficiente para un conocimiento del asunto. Cuanto dice Thibaut acerca de la incertidumbre de nuestros textos, puede aplicarse á nuestros libros sagrados: tampoco en éstos la crítica acaba de verse satisfecha; y sin embargo, quien tenga por costumbre buscar en ellos alimento y deleite, no experimentará por eso desaliento alguno.

Otra opinión diametralmente distinta y muy difundida es aquella, según la cual, el derecho romano puede y debe tomarse muy á la ligera, no siendo necesario dedicarle mucho tiempo. Esta opinión ha sido en parte profesada y en parte (como más adelante demostraremos) llevada á la práctica, donde con la introducción de los nuevos códigos, el derecho romano

ha pasado á ser un estudio meramente auxiliar. A este fin considérase superfluo el amplio y detenido estudio de los detalles, y se respeta bastante lo que se llama el espíritu de un derecho, espíritu que se halla condensado en lo que se denominan las Instituciones y que para la primordial necesidad de pura orientación sirven muy bien. Trátase aquí de las ideas y de los principios más generales sin verdadera crítica, sin aplicaciones, y lo que es peor, sin la lectura directa de las fuentes, en las cuales se encuentra el fundamento del derecho y la explicación de su vida misma. Ahora bien; un conocimiento tan superficial, es realmente inútil, pudiendo decirse que quien así lo verifica, casi casi emplea mal su tiempo; la única ventaja que puede tener semejante conocimiento es la de mantener la terminología y la forma exterior de nuestra ciencia, con lo cual quizá sea fácil en un porvenir mejor procurar su renacimiento. Pero es cosa sumamente perjudicial creer que un futuro legislador, para quien por tanto no se conocen como importantes estos materiales tan adecuados á su fin, se podrá formar con un conocimiento superficial y ligero, al cual cuadra mejor que ningún otro el nombre francés de *teinture*. Precisamente, para verificar su aplicación á una nueva y peculiar producción, es más necesario un conocimiento definido y profundo, que puede serlo para los trabajos ordinarios de los juristas: porque debe darse plena cuenta de la literatura de los materiales históricos, hasta el punto de poder valerse de ellos con toda libertad, como de instrumento propio para la construcción de nuevas formas; de otro modo no se podrá evitar el *sermocinari tanquam é vinculis*. La absurda idea que estamos exponiendo es la misma que si, tratándose de la lengua, se pretendiese que para

el uso común en la vida diaria se debería conocer la riqueza, la fuerza y la abundancia de la misma, mientras que para la poesía bastaría un conocimiento meramente superficial y ligero.

Ahora bien; lo que se pide al estudio del derecho no debe ser depositado en libros ni confiado á la custodia de un limitado número de doctos, sino que debe pertenecer á todos los juristas que con calor y fino juicio quieran realizar cumplidamente su misión. Se deberá, pues, formar una escuela viva, como la que de hecho constituían todos los jurisconsultos romanos, prescindiendo de las dos opuestas sectas de los sabinianos y de los proculeyanos. Y no se diga que de todo este trabajo, distribuido en la generalidad de los juristas, pueden surgir aquellos pocos que por su ingenio están llamados á una originalidad é invención, pues realmente si los tales existieran siempre y en todo momento, la condición de la escuela podría ser como se quisiera. Es por demás instructivo á este propósito el ejemplo de Montesquieu: nadie puede desconocer la independencia de carácter con que se ha esforzado por mantenerse libre en la estrecha órbita de su siglo y de su nación: era además jurisperito de profesión, y en un *país de derecho escrito* no se ha presentado nunca un admirador tan caluroso de los romanos; así que no podía faltarle inclinación é impulso para conocer el derecho romano: sin embargo, sus conocimientos en este particular fueron muy limitados, por lo que las partes todas de su obra hállanse faltas de verdadero fundamento, según puede verse muy bien en su historia de la sucesión romana (1). Tal tenía que ser la consecuencia necesaria

(1) *Espíritu de las leyes*, lib. 27.

de la absoluta nulidad de la escuela jurídica de su tiempo, á la cual no pudo en modo alguno vencer, á pesar de sus grandes fuerzas. Mediante un estudio profundo de la historia literaria, cualquiera puede convencerse de que, por lo general, son poquísimas las manifestaciones de la misma que quepa atribuir real y verdaderamente á los individuos, hecha abstracción de las fuerzas y del concurso del siglo y de la nación.

Y este carácter de generalidad de nuestra ciencia no debe circunscribirse sólo á los jurisconsultos teóricos, á los doctos y á los historiadores: debe ampliarse hasta comprender á los legistas prácticos. Más es: esta aproximación de la teoría y de la práctica procuraría sin duda el mejoramiento de la administración de justicia: en este punto es en el que principalmente pueden servirnos de modelo los romanos: es preciso que nuestra teoría tenga mucho de práctica, y que nuestra práctica sea científica. Leibnitz opinaba que entre los escritores de derecho, los autores de consultas son casi los únicos que verdaderamente pueden dar amplitud á la ciencia, enriqueciéndola con los resultados de la observación de los nuevos casos (1): al propio tiempo deseaba que una reunión de unos treinta, por ejemplo, jurisperitos trabajase en la compilación de nuevas pandectas, en las cuales se fuese recogiendo cuanto haya de original y práctico en los escritores modernos (2).

Independientemente de Leibnitz, con idéntico sentido, Möser propone añadir á las nuevas pandectas

(1) *Nuevo método*, P. § 82.
(2) Idem, § 85-90.

una recopilación de casos positivos de derecho de un país dado, hecho conforme al modelo ofrecido.

Está sin duda bien pensado lo que ambos indican: pero se ha olvidado una condición necesaria, cual es la aptitud para poder hacer experiencias verdaderas. Porque es indispensable tener presente siempre el claro y vivo conocimiento del conjunto, para poder aprender efectivamente en toda su integridad el caso particular: sólo un espíritu teórico y científico puede lograr que la práctica sea fructuosa é instructiva. Y es que, en la multiplicidad hay siempre su unidad: pero no la percibimos si no poseemos al efecto una facultad bien desenvuelta, hasta el punto de que sin ella, ni aun podríamos penetrarnos de la misma forma individual referida al conjunto. De hecho, en las Pandectas, todo caso de derecho tiene una individualidad determinada: por el contrario, quien estudia las diferentes decisiones de los siglos VIII y IX, las encuentra todas uniformes, al modo como si se repitiese constantemente el mismo caso. No es que, realmente, se llegase en las relaciones entre caso y caso á establecer un grado tal de analogía y hasta de igualdad, no; sino que se había perdido la capacidad para diferenciarlas, y cuanto menor es esta, tanto más grandes son las dificultades con que tropieza un desarrollo orgánico y seguro del derecho. Un medio admirable para lograr la aproximación entre la teoría y la práctica de que hablamos, sería una constante correspondencia entre las facultades de jurisconsultos y los tribunales de justicia, cosa que ha poco se ha intentado (1). Las facultades de jurisconsultos, como colegios de prudentes, podían servir para el caso, y al principio lo hicieron muy bien

(1) Schmid: *El Renacimiento de Alemania.*

á su manera: mas como luego se cambiaron en fábricas generales de decisiones, la obra tuvo que convertirse en puramente mecánica como la de los mejores tribunales: y no podía ser de otra suerte, pues no estaba en las fuerzas del miembro más ilustrado el poder de purificar estas relaciones: á más de que por el ejercicio necesario de esta infructuosa profesión, la mayoría de los talentos mejores fueron arrebatados, y aún lo son, á la jurisprudencia científica.

Esta combinación de la práctica con una potente y bien fundada teoría, es el único medio adecuado para hacer que la función del magistrado pueda realmente atraer y alentar á los hombres de ingenio no vulgar. Puede, en verdad, el orden judicial, aun sin esto, estar dotado de honradez y de rectitud, y puede cada magistrado dedicarse á estudios extraños á su profesión, según su propia especialidad: pero la cosa será de muy distinto modo si la vocación, merced á su relación de intimidad con el conjunto, asume por sí misma ese carácter científico y logra de esa manera llegar á ser medio de instrucción verdadera. Sólo una condición tal puede ser suficiente para satisfacer todas las exigencias. De este modo el individuo no servirá de mero instrumento, sino que vivirá una vida libre en el noble ejercicio de una vocación personal, alcanzando por su parte la administración de justicia una verdadera perfección técnica.

Aunque los franceses han reconocido esta necesidad lo han hecho con su manera propia, vulgar (1). La cir-

(1) *Proyecto de Código civil*, pág. XIII. «Dans l'état de nos sociétés, il est trop heureux que la jurisprudence forme une science qui puisse fixer le talent, flatter l'amour-propre et reveiller l'emulation».—P. XIV. «On ne saurait comprendre combien cette habitude de science et de raison adoucit et règle le pouvoir.»

cunstancia más desfavorable en este respecto, es indiscutiblemente aquella en la cual el juez debe limitarse á aplicar mecánicamente un texto que no le es lícito interpretar; y si se considera esta circunstancia como el extremo de un lado, el extremo opuesto sería aquel en que el juez debiera encontrar para todo caso particular el derecho en virtud del que, gracias á la seguridad de un método científico, se eliminaría todo arbitrio caprichoso. Lo que hay es que, en este segundo extremo, es por lo menos posible mejorar y progresar: en él es donde el antiquísimo orden jurídico alemán renace siempre bajo nueva forma.

Son pues condiciones que conceptúo necesarias: las buenas fuentes, los magistrados loables y un buen procedimiento. Ya he demostrado cómo las fuentes deben estar fundadas en una profunda y bien difundida ciencia del Derecho, y cómo el personal de la administración de justicia se puede constituir. Pero ni una ni otra condición serán por sí suficientes, si la forma del procedimiento es viciosa. Ahora bien; en este punto, muchos países alemanes necesitan pronta y radical ayuda. Los defectos más generales son: anarquía entre los abogados, abuso de los términos y de su prolongación, multiplicación de las instancias, y otros más que juiciosamente regulados podrían ser de la mayor utilidad. A todo ello debe procurar indudablemente pronto remedio la legislación; siendo, por otra parte, muy de desear que entre los distintos países alemanes se establecieran á tal fin estrechas relaciones y comunidad de ideas. No es, en realidad, necesario que una forma general se introduzca á un mismo tiempo en todas partes. Pueden más bien verificarse diferentes experiencias, pues aquella que resulte preferible encontrará una mejor acogida general. Entre el procedimiento pru-

siano y los que hasta ahora se conceptúan comunes, aparte de las ideas que pueden considerarse como opuestas, hay un término medio rico en gradaciones, acerca de cuyo valor sólo la experiencia puede decidir.

Según esta opinión, en los países del derecho común no se deberían hacer códigos; pero la legislación civil señaladamente no debe por esto considerarse en manera alguna como superflua. Dejando á un lado las leyes para fines políticos (que no entran aquí) se podría perseguir con ella un doble objeto; decidir las contiendas y formular las antiguas costumbres.

Con la solución legal de las controversias, se eliminaría una objeción capital, con la cual se ha pretendido hasta ahora negar sin ulterior estudio, la aplicabilidad práctica del derecho romano. Por lo demás, debe tenerse en cuenta, respecto de estas controversias, que las cosas no van de hecho tan mal. En primer lugar, no se deben considerar como controversias propiamente aquellos puntos, acerca de los que la ignorancia y la estupidez han procurado en alguna ocasión intentar algo, sin conseguir el objeto apetecido. Además, es inútil que la legislación se ocupe con ciertas controversias que se encuentran ciertamente en nuestros libros doctrinales, pero que raramente se presentan en la práctica. Aun prescindiendo de todo esto, queda bastante que hacer, y el Código Napoleón, á pesar de ser tan nuevo, puede en este punto ponerse al lado del derecho romano.

Estas controversias, por el momento, sería mejor decidirlas bajo forma de disposiciones provisionales ó de instrucción dirigida á los tribunales, que mediante disposiciones legales: de este modo sería más fácil y posible el mejoramiento y perfeccionamiento científico, merced al influjo de la teoría. El segundo

objeto de la legislación sería el de formular el derecho consuetudinario, sobre el cual se ejercería de este modo una dirección semejante á la que en Roma ejercía el Edicto.

Y no se crea que de esta manera el Código hasta ahora combatido, sería de nuevo admitido bajo otro nombre; porque la diferencia radica en la esencia de las cosas. A la verdad, en este derecho consuetudinario no se encuentra más que lo que por la experiencia se decide de un modo real y efectivo; y no hay duda, que cuando se tiene á la vista el contraste de los hechos, esa experiencia se comprende plenamente en aquel derecho.

El Código, por el contrario, necesita hablar de todo, aun de aquello respecto de lo cual no hay aspiración ni tendencia alguna en el presente, y sin la facilidad que nace de la especial contemplación de los casos actuales; sólo puede proceder por la mera previsión de los casos futuros. Facilmente se comprenderá que no cabe exponer en estas páginas el modo del desenvolvimiento de esta rama de la legislación civil.

Hasta ahora he investigado qué camino debe seguirse, principalmente en los países del derecho común respecto del Derecho civil, cuando se conceptúan las condiciones propicias. Quiero ahora elevarme al punto más alto, cuya posibilidad se halla en el mismo sendero. Si alguna vez la ciencia del Derecho llegase á ser de aquella manera que hemos descrito, propiedad común de los juristas, entonces habríamos conquistado nuevamente en este orden los materiales de ese derecho consuetudinario vivo, del cual la jurisprudencia de nuestros tribunales ha sido un miserable sucedáneo merced al miserable citado de nuestras facultades de derecho. Entonces, también, los materiales

historicos del derecho que ahora se contradicen por todos lados, se penetrarían íntimamente, enriqueciendo el conjunto: entonces tendríamos un propio derecho nacional, al cual no podría faltar un lenguaje potente y adecuado. El derecho romano, ya podría en tal caso dejarse á la historia, pues no tendríamos una débil y descolorida imitación de civilización romana, sino una civilización perfectamente nuestra y moderna. Y aún más; en las condiciones supuestas, aún conseguiríamos algo más elevado, que no es siquiera lo que implica una seguridad y rapidez en la administración de justicia, sino la realidad de una clara y lucida intuición del derecho, que suele ser propia de los pueblos jóvenes, y la cual se ve al aproximarse á la meta del desenvolvimiento científico. Por último, también se podría proveer para el porvenir, siendo ya la ocasión de consultar si lo que convendría hacer se habría de hacer por medio de códigos ó de otro modo. En cuanto á decidir si esta condición está iniciada, es cosa que yo no me atrevo á afirmar; depende esto de un concurso de circunstancias muy raras y muy propicias. Deben nuestros juristas dedicarse con gran cuidado y con todas sus fuerzas á trabajos verdaderamente concienzudos; si así lo hicieren, pueden esperar tranquilos los efectos, procurando, sobre todo, no demoler lo que pueda conducirles al fin deseado. Cuando el pueblo hebreo en el Sinaí no quiso esperar la ley divina, construyó en su impaciencia un vellocino de oro, y consiguiendo de esta suerte que se hicieran pedazos las tablas de la ley.

CAPITULO VIII

Qué se debe hacer con los Códigos existentes.

Pasemos ya á los países alemanes en los cuales hay Códigos: claro es que se alude aquí sólo á la Compilación prusiana y al Código austriaco. No se trata del Código francés, el cual debe ser considerado como resultado de una enfermedad política sufrida por nosotros, y de la que aún sentimos tristísimas las consecuencias.

Acerca de los citados Códigos alemanes, ya he expuesto mi opinión: no se me interpretaría bien, si se creyese que yo había tratado de defender la supresión de los Códigos como cosa deseable. Muy al contrario; deben éstos tenerse como hechos nuevos y peculiares de la historia del derecho: así que el destruirlos, no sólo acarrearía una inevitable confusión, sino que produciría necesariamente una desagradable impresión en la opinión pública, el ver cómo lo que con la mejor intención y después de grandes esfuerzos apenas si se había realizado, se destruía por completo reduciéndolo á la nada. Y esto sin contar con que una gran parte del daño que de un Código general resultaría, no se producirá mientras en unos cuantos países alemanes persista el derecho común. Por donde, pues, se ve que no se trata de la abolición, sino más bien de pensar se-

riamente cómo pueden evitarse los males que podrán nacer de un imperfecto uso de dichos Códigos.

Quien se haya convencido de cuanto hemos dicho sobre la naturaleza y sobre el origen de nuestros Códigos, seguramente no dudará que el mismo estudio histórico del derecho que antes de su introducción era necesario, no ha llegado á ser superfluo después de ella, y que sobre todo, no se hará nada bueno, si se cree que merced á los Códigos puede bastar una superficial exposición del derecho hasta ahora vigente. Esta persistente necesidad es, respecto de la aplicación inmediata, más urgente para el Código austriaco; pero en virtud de otros motivos no lo es menos también para la Compilación prusiana. Así, pues, la expectativa, mantenida con frecuencia, de que el estudio del derecho habrá de ser por tal medio más fácil y más simple, es errónea: muy al contrario, la indicada condición del derecho exige además del trabajo anterior contar con el nuevo, que por sí y á causa de la destrucción de la forma primitiva es menos satisfactorio y fácil que el otro. Y no sólo para el fundamental conocimiento y aplicación de los Códigos es indispensable el estudio precedente, sino también para su mejora y perfeccionamiento, pues nadie dejará de conceptuarlo en tal respecto necesario por mucho que estime los méritos de aquéllos. Comoquiera que los Códigos se han formado de un modo teórico, sólo de este mismo modo pueden ser con seguridad examinados, enmendados y perfeccionados. Y para esta labor, no puede bastar un simple colegio de hombres de negocios, los cuales por su profesión y por la multitud de sus trabajos, se ven obligados á prescindir de la teoría. Por otra parte, la continua experimentación del Código, confiada á los tribunales en la aplicación, si es magnífica, no

es, sin embargo, suficiente: pueden, sí, descubrirse de esta manera muchos defectos; pero el procedimiento es siempre fortuito, así que no es maravilla que no pocos de esos defectos pasen inadvertidos. La teoría no se halla en verdad respecto de la práctica en la misma relación en que un ejemplo aritmético se halla con su comprobación.

Nos hemos referido ya en esta obra, á cómo se ha estimado y ordenado el estudio del derecho en los Estados en los cuales se ha promulgado un Código, pero no por esto es inoportuno, llamar la atención acerca de las condiciones de ese estudio en Francia y acerca de cómo se encuentran actualmente organizadas las escuelas de Derecho en París. En estas escuelas hay tres profesores para el Código civil, uno para el Procedimiento y otro para el Derecho romano: estos profesores debe haberlos en todas las escuelas de Derecho; pero en París hay además dos cátedras para el *Código civil ampliado y profundizado* y para el *Código de comercio*. El derecho penal y el procedimiento penal, la historia del derecho y el derecho antiguo francés no se enseñan. Cada profesor da siempre un curso, el cual dura un año (exceptuando tres meses de vacaciones en París y dos en las demás poblaciones), á razón de tres lecciones semanales de hora y media; siendo esto igual para todas las enseñanzas. El Código se enseña según esto en tres diferentes cursos, y cada profesor trata sólo de una tercera parte. Los profesores tienen cada uno un *suplente* que les sustituye cuando están impedidos. El Derecho romano corría á cargo de Berthelot, quien lo enseñaba según las *Instituciones* de Heinecio, á las cuales añadió una versión francesa, para que los oyentes pudieran entenderlas. Después de muerto Berthelot, esta ense-

ñanza fué encomendada al que era su suplente Blondeau; quien, cosa increíble, enseña el Derecho romano, según el Código francés, indicando en cada artículo las variantes que hay respecto de aquél (1). El bachiller tiene que estudiar dos años, el licenciado tres, cuatro el doctor; el primero tiene por obligación la asistencia á un curso de Derecho romano, el segundo puede, si quiere, repetir ó no el curso, el tercero debe repetirlo; siendo lo más meritorio la repetición de las mismas instituciones ante el mismo profesor.

No creo necesario, después de lo que queda dicho, aducir argumentos especiales contra este plan de estudios: es, sí, digno de notar el círculo vicioso en que el estudiante se ve encerrado. Los mismos redactores han declarado con frecuencia que el Código francés es insuficiente para la aplicación, y que es, por tanto, preciso, el complemento científico. Sin embargo, la enseñanza científica gira por completo alrededor del Código, pues que el Derecho romano que se enseña no es para tomado en cuenta. ¿Dónde estará, pues, el fundamento de esta ciencia? Indudablemente en la jurisprudencia del foro, en aquella jurisprudencia que parecía frustrar los mejores esfuerzos, y que por su indeterminación en los antiguos tribunales, y la confusión de las jurisdicciones ha perdido toda base y sostén.

Ahora bien; es evidente que una condición tal, no ofrece actualmente garantía alguna de estabilidad, sino que más bien pierde cada día algo en este sentido. Está en la naturaleza misma de las cosas, que en

(1) Lo que se dice respecto de la Compilación del Derecho romano de Blondeau, según recientes referencias, parece fundarse en una equivocación.—*(Nota del autor á la segunda edición.)*

todo siglo en el cual las condiciones de la ciencia del Derecho, se hallen determinadas por el valor de lo que el siglo, de hecho más que de palabra, considera y trata como el más próximo objeto de estudio, la ciencia del Derecho tiene siempre alguna ó quizá mucha mayor profundidad que dicho objeto. Así, por ejemplo, los primeros glosadores, tenían la ventaja de encontrarse constreñidos á considerar directamente las fuentes mismas; y tales constituían su objeto: Bartolo, por el contrario, tenía por objeto los escritos de los glosadores que habían vivido entre él y las fuentes: pues bien; esta es una de las razones por las que la escuela de Bartolo es tan inferior á la de los glosadores. Este mismo retroceso se verifica generalmente, cuando no se sigue el criterio de examinar las materias en su raíz propia, criterio que hemos señalado antes como característico del método francés. Lo dicho puede aplicarse también al Código francés: aun cuando, por ejemplo, algunos de los redactores tuviese del mérito de aquél la opinión más exagerada, en el fondo no dejará de reconocer quizá, que él mismo es superior á su obra; que ha formado su instrucción de un modo más sólido, y que la generación actual, que se habrá de educar bajo las instituciones del Código, no alcanzará en manera alguna, el punto al cual él mismo había llegado, y desde el cual pudo y supo producir una obra semejante. Esta simple consideración tendrá siempre el mismo resultado dondequiera que con la introducción de un nuevo código se destruya en un momento todo el trabajo científico antecedente, cortando de ese modo tras de sí el puente con el cual se ha podido traspasar el río.

La nueva organización de los estudios planteada en Austria (1810), comprende las instituciones jurídicas y las políticas en un solo curso (asignatura), el cual se desarrolla en cuatro años, de suerte que durante todo este período se reciban tres horas de lección ó clase al día. Cada materia se estudia sólo una vez. El derecho alemán no se da, sin duda porque aun antes del nuevo Código se hallaba poco difundido en Austria. Por el contrario, la enseñanza del Derecho romano no se ha disminuido, siendo las razones en virtud las que se la ha acogido y mantenido en el plan de los más admisibles y de las más liberales. La primera consiste en la afirmación de que el nuevo Código procede del derecho romano; la segunda estriba en la consideración, según la que el derecho común, que hasta ahora ha dominado, tiene con toda ciencia positiva del Derecho una relación análoga á la que las lenguas antiguas tienen con la cultura general, aparte, en fin, de que es el elemento que hace de nuestra especialidad una ciencia y de que constituya el lazo de unión entre los juristas de todas las naciones. Esta opinión, que es sin duda de la Comisión de estudios, merece ciertamente el más completo apoyo; sólo puede provocar algunas reservas lo relativo á si los medios elegidos son los más adecuados para conseguir el fin que se reconoce y admite. A la verdad, el profesor de derecho romano podrá empezar por la historia y hacer que los alumnos conozcan el sistema en sus rasgos fundamentales y en sus fuentes; pero, dada la brevedad del tiempo prescrito, es perfectamente imposible dar más que lo que suponen las instituciones de ordinario: baste tener en cuenta que para el curso completo apenas si se ha fijado medio año de lección diaria de dos horas (en realidad nueve horas á la semana, según los pro-

gramas escritos), lo cual es el mismo tiempo que en París. Lo que en un plazo tan breve puede hacerse fácilmente se comprenderá: un libro publicado acerca de las *Instituciones* para uso de los asistentes al curso según el plan indicado (1), pone bien de manifiesto cuán incompleta debe de ser dicha enseñanza, y esto, ciertamente, sin culpa del autor, cuya diligencia y conocimiento de los últimos progresos en la ciencia del Derecho lo hacen digno del más caluroso elogio. Por lo demás, para convencerse de la insuficiencia de ese plan, bastaría consultar imparcialmente la experiencia de otros Estados alemanes; con otra organización no faltarían los medios y menos aún el tiempo. El plan hállase calculado de modo que todo estudiante tiene diariamente tres horas de clase: ahora bien; si en vez de tres se ponen cinco, en los cuatro años se podría, no sólo asistir á todos los estudios indispensables á una la enseñanza clásica, sino también escuchar las principales lecciones de varios profesores, de lo cual resultaría por de pronto una mayor vida en la producción actual de la enseñanza universitaria. Realmente se ha creído que cinco horas diarias serían demasiado; teniendo en cuenta, por ejemplo, la gran tensión de las facultades mentales que la asistencia á las lecciones por tres horas seguidas produciría; pero me remito también en esto á la experiencia de las demás Universidades alemanas, en las cuales esto no constituye dificultad alguna. Y claro es que no quiero referirme á las Universidades donde ciertos estudiantes tienen diez y once horas de lecciones, porque esto

(1) *Introducción fundamental al Derecho privado romano.* Parte primera, por Kaufmann.

se tiene reconocidamente por nocivo y digno de la reprobación más absoluta.

En los Estados prusianos, ni aun después de haberse puesto en vigor el Código *(Landrecht)* (1) se ha prescrito una organización de los estudios: la plena libertad de planes garantida por la experiencia ya antigua de las Universidades alemanas se ha respetado. El número de profesores, de Derecho común no se ha disminuido si se le compara con el que había antes: los curadores de la Universidad no han promovido entre los profesores y alumnos la opinión de que una parte de la lección antes necesaria, sea ahora superflua. En principio estimóse conveniente que en cada Universidad se instalasen cuando menos una cátedra principal para el Derecho prusiano, destinándose un premio considerable para el mejor libro de instituciones (2); pero nada se hizo después, de modo que la Universidad de Berlín, hasta ahora no ha tenido cátedra de Derecho prusiano. Idéntico sentido supone el fundamento de los exámenes, teniendo en cuenta que el primero que se sufre al ingresar en el ejercicio de la profesión versa únicamente sobre el Derecho

(1) Lo que se dice de la enseñanza del derecho en las Universidades de Prusia ha cambiado bastante: habiéndose creado escuelas para el estudio de la Compilación prusiana, que yo mismo he enseñado, empleando materiales manuscritos, prescribióse la asistencia á las mismas, sin perjuicio de la parte científica, y ordenóse el examen. El ministro actual de Justicia permitió á todos el uso de los materiales de la compilación.

(2) Prefacio del proyecto del Código, parte 2.ª

común: el tiempo que sigue á éste destínase á la inmediata formación práctica de jurisconsultos, resultando que solo los dos exámenes posteriores tienen por objeto también la Compilación prusiana, sin que no obstante, se prescinda todavía del Derecho común. Así, pues, es evidente que la formación del jurista se hace como si constase de dos mitades: la primera mitad (la Universidad) se dedica á los fundamentos científicos; la segunda, por el contrario, al conocimiento de la Compilación y del procedimiento prusianos, en la práctica. Como la primera mitad no se ha abreviado por comodidad, no se ha procurado determinar una organización especial de los estudios: pero se ha atendido á la preparación total primero en el trienio prescrito, de modo que el uso de este tiempo se deja á la elección y al juicio de los profesores: y segundo con el reglamento para admisión á las funciones del Estado, en la cual se toma en consideración el atestado de los profesores de la Universidad, y el anterior de la escuela. Es preciso pensar en la seriedad y el estudio con que fué hecha la Compilación prusiana, para tener en la estimación debida esta obra del gobierno prusiano. Firme en la convicción de que la innovación introducida era un verdadero progreso, se ha mantenido constantemente con laudable resistencia en pro la arraigada costumbre científica, la cual había nacido y se había gradualmente desarrollado en virtud del influjo de las necesidades y de las luces del siglo. Merece igualmente honrosa mención la profunda opinión del Tribunal de justicia, merced á cuyo impulso, en el año 1801, se recomendaba á las facultades de Derecho el uso de libros latinos para la enseñanza, porque á causa del empleo de libros alemanes el lenguaje técnico jurídico era menos familiar á los juris-

tas, y por otra parte el fin que se perseguía podía alcanzarse más plena y más seguramente mediante las fuentes mismas, que mediante los libros de Instituciones. En punto á las lecciones sobre la Compilación, creo positivamente que en la actual condición no se está muy bien: si para las necesidades de la práctica basta en verdad el ejercicio ulterior, mirada la materia desde el punto de vista científico, la falta de fuentes históricas especiales, puede ocasionar ciertas dificultades. Muy de otra suerte andarían las cosas si el voto manifestado relativo á la necesidad de un amplia comunicación de los materiales de la Compilación, se viera alguna vez satisfecho.

Si pasamos ahora á considerar de nuevo los tres Códigos en conjunto, y en sus particulares relaciones con el estudio del derecho, resultará evidente que no puede fundarse en ellos una vida peculiar científica, y que sólo se podrá mantener respecto de ella el espíritu científico, mientras persistan como objeto directo de todo estudio jurídico sus fuentes históricas. Lo mismo inevitablemente ocurriría, si quisieramos llevar á cabo un Código general para Alemania. Thibaut, que lo aconseja, no quiere, como claramente se advierte, suprimir la parte científica, antes bien espera de ella grandes beneficios; lo que no hace abiertamente es determinar cuál debe ser la base de los futuros estudios legales, si las antiguas fuentes, como en Prusia, ó bien, como en Francia y Austria, el Código mismo; sin embargo, más parece inclinarse á esta última opinión. Que cada cual considere ahora si será posible fundar una ciencia efectiva y séria sobre uno de los Códigos existentes, con independencia de las fuentes de derecho hasta hoy en vigor. Y quien no reconozca esto como posible, no puede aspirar á ser fautor del Código pro-

puesto; por eso, en virtud de los motivos expuestos, tengo por imposible completamente que la ciencia sea distinta de los Códigos, aun sin prescindir de aquellas diferencias que podrían resultar de eliminar tal ó cual defecto, cosa en verdad factible, sin una distinción radical. En mi concepto, la impotencia del Código de que se trata para fundar una ciencia del derecho, verdaderamente sustantiva, es absolutamente inevitable. En realidad, lo que acaecería si tal Código llegara á formularse, es fácil de presumir. O nos veríamos completamente privados de literatura jurídica, ó, lo que es más probable, tendríamos una tan débil, escasa é insoportable, como la que habíamos comenzado á producir bajo el imperio del Código francés, alcanzando, por lo demás, todas las desventajas é inconvenientes de una condición debida á una cultura compleja, sin recibir por ello las necesarias compensaciones que le son propias. En suma, para decirlo brevemente, podría ocurrir que la condición del Derecho civil entre nosotros, fuese peor aún que en Francia: porque la tendencia á buscar un fundamento científico no constituye una de las necesidades nacionales de los franceses, mientras sí lo es entre los alemanes, y una necesidad tan profundamente arraigada como esa, no se puede trastornar impunemente.

Si, por el contrario, se quisiera, aun teniendo al nuevo Código, fundar la ciencia sobre las antiguas fuentes, se presentarían las ya anotadas dificultades, y en lugar de simplificar el estudio, lo que se haría es complicarlo y hacerlo menos grato, con lo cual resultaría que en vez de acercarnos nos alejaríamos del verdadero fin que se piensa perseguir. Acaso podría pensarse por alguno que la consecuencia sería en definitiva la misma, como efectivamente ocurre por un pro-

cedimiento análogo, en los Estados prusianos, donde, en verdad, el personal judicial es excelente y merece la pública consideración; pero por mi parte tengo esta expectativa como una vana ilusión, mientras no se quiera prescindir de dos circunstancias que pueden con gran facilidad determinar en los otros Estados alemanes consecuencias desfavorables; estas dos circunstancias son: 1.ª, que el carácter general de las instituciones prusianas mantiene el desenvolvimiento en buenas condiciones, lo que difícilmente ocurriría en los otros Estados alemanes, 2.ª, que la condición del derecho sería distinta en los mismos Estados prusianos, supuesto el Código proyectado para los otros países alemanes. Las instituciones de los juristas prusianos están fundadas sobre la Universidad, aunque mediante las fuentes del Derecho común, por donde el estudio hecho en la Universidad forma con el restante de Alemania un solo todo.

Lo que no se puede determinar es la fuerza y el vigor vitales que acaso se consiguen en este estudio, merced á la circunstancia de tener como fuente el derecho vigente en todo el resto de Alemania, y menos aún lo que esa suma de fuerza y de vida perdería desde el momento en que ese derecho dejara de tener vigor en todas partes. Sin duda, entonces, el efecto del Código alemán sería enervante para el estudio del derecho aun en los mismos Estados prusianos. Ahora bien; contra el riesgo que este mal supone, no hay modo de buscar garantía en ningún género de experiencias.

CAPÍTULO IX.

Principios comunes á los países que tienen códigos y á los que no los tienen.

La consecuencia de estas opiniones es que el estudio científico del derecho, como el único origen de donde puede venir la conservación y el mejoramiento del mismo, debe ser igual, tanto en los países que tienen Código como en los que no lo tienen. Y al afirmar esto, entiéndase que no me refiero meramente al derecho común, puesto que lo dicho vale también para las costumbres locales por dos razones principalísimas. En primer término, porque las costumbres locales no pueden comprenderse sino examinando y remontándonos á los antiguos orígenes nacionales: en segundo lugar, porque por sí mismo, cuanto hay de histórico en los diferentes países alemanes, es de un interés natural para la nación entera. No creo que haya quien ponga en duda que hasta ahora el derecho municipal no ha sido considerado de este modo; pero hay motivos más que suficientes para esperar en el porvenir, una más general atención hacia la historia patria, con lo que adquirirá nueva vida y vigor más grande el mismo estudio del derecho municipal, el cual no hay razón para considerarlo de peor condición que el

derecho común y para relegarlo á los simples manuales. Como se advertirá, nuestra idea, lleva por otro camino al mismo fin que las fantasías de un Código general se proponen, á saber: hacer del Derecho civil un interés común de toda la nación y por tal modo consolidar más y más su unidad: pero la nuestra conduce de una manera más completa á ese fin, abrazando de hecho los Estados alemanes, siendo así que con el Código proyectado, Alemania resultaría dividida en tres grandes secciones, las cuales, por efecto del Derecho civil, quedarían aún más separadas que antes, á saber: Austria, Prusia y los demás países del código.

Ahora bien; lograr que esta comunidad del derecho civil sea en todas las instituciones actuales reconocida y presupuesta, me parece, con respecto de la unidad nacional que mediante ella se va constituyendo, un hecho de la más alta importancia para la nación. Del propio modo que no hay una lengua y una literatura prusiana ó bávara, sino una lengua y literatura alemanas, así debe decirse también con relación á las fuentes de nuestro derecho y á la investigación histórica de las mismas; y cuando así sea, no ha de depender de principio alguno arbitrariamente querido, pues no habrá modo de hacer que así no sea: sin embargo, todo error en punto á lo que corresponde á la nación en conjunto, y que se reputa como propio y peculiar de tal ó cual Estado, no deja de ocasionar peligrosas consecuencias.

Si ahora dirigimos nuestras miradas á un lado y á otro, en busca de un medio en el que este común estudio pueda ser públicamente fundado, y recibir incremento, encontraremos uno, no producido en verdad arbitrariamente, sino preparado por los siglos y orde-

nado según las necesidades de la nación: me refiero á la Universidad. El profundo establecimiento de nuestro derecho, sobre todo del derecho patrio, respecto del cual conviene insistir más, de ella debe esperarse, pero siempre con ardiente ayuda y cooperación. Mas para que se pudiera alcanzar ese fin, sería preciso que se realizase un deseo, á cuya realización, por cierto, conspiran cordialmente aun los que entre sí se oponen. Austria, Baviera, Wurtemberg, estas excelentes y vírgenes ramas de la raza alemana, no viven con el resto de Alemania (tal es el hecho, en parte antiguo y en parte moderno) en aquel vasto comercio de instrucción universitaria, que á los demás países acarrea tantas ventajas, por culpa, sin duda, de los obstáculos que oponen leyes restrictivas. La experiencia de los últimos tiempos ha demostrado qué recíproca confianza se había despertado entre los pueblos de los varios Estados alemanes, y cómo su salud se repuso sólo bajo la unión. Parécenos, en verdad, llegada la hora de que, no sólo se permita el libre desenvolvimiento de aquel comercio, sino por todos los medios se promueva y favorezca; á nadie, sin duda, debe parecerle peligroso, antes lo conceptuarán todos como evidente medio de alcanzar una mayor intimidad fraternal entre los pueblos. Y no sólo sería este comercio de alta importancia en el sentido que pudiéramos llamar político, sino que resultaría grandemente beneficioso para el íntimo y científico valor de las escuelas mismas. Así como en el amplio comercio general del mundo un erróneo sistema monetario de un solo Estado, no podría durar, sin que pronto se advirtiesen los vicios de consecuencias funestas, así también una organización defectuosa de alguna universidad, podría acaso encontrar, en medio de este deseado comer-

cio, las condiciones de un mejoramiento adecuado: el contraste haría ver sus defectos, y la concurrencia la animaría á elevarse: aprovechando las demás experiencias (1).

(1) Posteriormente se ha hecho mucho para destruir los obstáculos que impedían la libre comunicación entre las Universidades alemanas.

CAPITULO X.

Proposición de Thibaut.

Thibaut asegura, en la introducción de su obra, que habla como un caluroso amante de su patria: y ciertamente así es. Allá, en la época del Código francés, en el momento en que muchos aplaudían las nuevas aspiraciones del saber y muchos se gozaban, hasta con insano placer, en saludar el dominio á que aquél conducía, Thibaut sostenía, en una serie de artículos críticos, el mérito propio de la jurisprudencia alemana. Además, el fin mismo de su proposición, la más íntima unión de las naciones, susurra este noble sentimiento que estoy obligado á reconocer en él, y respecto del cual nos encontramos de acuerdo: sin embargo, nuestra controversia es completamente hostil y fuerte: deseamos sinceramente, con todo el corazón, el mismo fin, y disentimos y discutimos acerca de los medios más adecuados de lograrlo. Lo que hay es que, acerca de estos medios, nuestras opiniones son muy contradictorias: mas habiendo tratado ya de esto, pasaremos ahora á examinar su proyecto.

Thibaut admite que el Código propuesto puede hacerse en dos, tres ó cuatro años, no como un mero auxiliar, sino como una obra duradera, que pueda le-

garse casi como una herencia sagrada á nuestros hijos y á nuestros nietos, y la cual aun en el porvenir no necesitará ser mejorada más que en algunos lugares particulares. Y no conceptúa obra tal como cosa de poco momento, antes bien la conceptúa en todos sus respectos dificilísima. Naturalmente, la cuestión principal es quién hará esta obra; y en este punto conviene muy de veras que no nos dejemos llevar de seducciones engañosas; es preciso calcular con calma é imparcialidad las fuerzas que están á nuestra disposición. Thibaut lo ha hecho. En dos clases de colaboradores debemos fundarnos: los legistas de profesión y los jurisperitos dedicados exclusivamente á cultivar la ciencia: como se comprenderá, nuestro autor cuenta con ambas. Bien es verdad que de las primeras espera muchísimo, mientras que, según puede deducirse de algunas expresiones por él empleadas, no espera gran cosa de las segundas. Quiere, en suma, una discusión hecha en una asamblea de compiladores: no se trata de uno sólo, ni de pocos, sino de muchos, debiendo contribuir á la obra del código todos los países.

Sin duda que hay asuntos, en los cuales seis hombres hacen exactamente seis veces más que un hombre solo, otros en los cuales hacen algo más; pero los hay también, en los cuales, por el contrario, los seis hacen menos que uno. Ahora bien; el Código es una obra, en la cual, la fuerza asociada no aumenta en la proporción en que crece el número de los que se asocian. No se podría con este medio tener una obra loable y perfecta, simplemente porque no se trata ni de una particular determinación ni de un mero agregado, sino de un todo orgánico. Un tribunal judicial, por ejemplo, sólo es posible en cuanto acerca de la condena ó de la solución en cada caso particular pueden

emitirse y enumerarse los votos. Que con esto no tiene analogía ninguna la compilación de un código es cosa perfectamente clara. Necesario es aludir ahora á algo que ha sido objeto ya de nuestro examen. Entre los romanos del tiempo de Papiniano, un código era posible, porque toda su literatura jurídica constituía un orgánico conjunto: podría decirse, usando un término técnico de los modernos jurisconsultos, que entonces los juristas particulares eran personas *fungibles*. En tales condiciones había, no sólo uno, sino varios medios para lograr tener un buen código; podría hacerlo uno solo, en tanto que los demás se limitarían luego á enmendarlo y á perfeccionarlo purgándole de los defectos que tuviera, cosa en rigor posible, supuesto que de hecho cada individuo estaba en situación franca de conceptuarse sin peligro, como un representante del orden entero; ó bien podían varios, independientemente unos de los otros, trabajar en la formación total del Código, redactando diversas compilaciones, que, comparadas y recíprocamente completadas y corregidas, darían como resultado una obra muy completa, más completa que cada una de las antecedentes, y de la cual todos deberían conceptuarse como colaboradores.

Ahora bien, si nos decidiésemos á comparar esta situación con la nuestra, veríamos que es precisamente la situación contraria por completo. Comenzando por la nuestra, que cada cual elija con la mente cierto número de juristas entre los contemporáneos, y se pregunte á sí mismo, si de un trabajo hecho por ellos en común, puede resultar algo más que una composición mecánica del derecho actual; muy pronto se convencerá de que no hay en esta suposición nada de exagerado. Pero nadie pondrá en tela de juicio que

un Código es una obra de más trascendencia, y para cuya realización se ha de exigir un grado más alto de unidad orgánica. De hecho, pues, si el Código no ha de reducirse á una mera composición mecánica, de suerte que le falto su cualidad más más estimable y necesaria: la vida, no puede en verdad ser obra de una asamblea, sino de un solo individuo; los demás, podrían en todo caso prestar ciertos servicios subordinados, procurando con sus propias dudas, consejos y opiniones, y haciendo cuanto en su mano estuviera para señalar sus defectos y corregirlos; pero aun concedido esto, cabe poner muy en discusión si sería posible prácticamente hablando: en realidad quizá es imposible encontrar ese verdadero y único legislador, teniendo en cuenta que dada la heterogeneidad de las instituciones individuales y de los conocimientos de nuestros juriconsultos, ninguno puede conceptuarse como representante indiscutible de los de su clase.

Quien después de las consideraciones hechas, insistiese todavía en creer en la posibilidad de una compilación, como obra corporativa, debe pasar la vista sobre las discusiones del Consejo de Estado en Francia, que Thibaut ha sabido reproducir con tanta vida y calor. No dudo un momento que nuestras discusiones en muchos puntos no serían mejores; pero aun á riesgo de ser acusado de parcialidad por los franceses, no puedo disimular la persuasión de que los nuestros, en ciertos respetos, no se resistirían en manera alguna al parangón.

Se ha manifestado frecuentemente el deseo, de que un Código debe ser popular; el mismo Thibaut, se ha expresado en ese sentido algunas veces. Lo cual, entendido rectamente, debe en verdad admitirse. Pero el lenguaje que es el medio más eficaz, con el que

dos inteligencias pueden ponerse en comunicación, pone á este comercio espiritual límites y obstáculos frecuentísimos; á menudo lo mejor del pensamiento resulta por tal medio oscurecido á consecuencia de la impericia del que habla ó de los que escuchan. Lo que hay es que, con la ayuda de las disposiciones naturales, ó del arte, puede este medio ser mejorado, eliminando de él todo lo que sea causa de faltas de inteligencia ó de equívocos y demás. Entonces, el pensamiento, se cierne adecuadamente sobre la variedad de las índoles y de los temperamentos de los individuos que escuchan, y se pone en el punto común á todas las inteligencias. Entonces ocurre, que las superioridades desaparecen, puesto que todo resulta claro, aun á los de mente más tarda: unos y otros ven el pensamiento superior al suyo, como algo de elevado y orgánico, y unos y otros pueden asimilárselo. Recuerdo á este propósito, lo que se decía de cierta imagen de Cristo, milagrosa, que tenía la propiedad de ser de una altura superior á la más alta del más alto de los hombres, con quien pudiera compararse, pero que puesto al lado de cualquiera, fuera esta mayor ó menor, la diferencia de altura siempre era la misma. Este estilo simple y característico, popular, lo encontramos (para no referirnos más que á la literatura indígena) en las mejores de nuestras crónicas; pero también puede manifestarse de otros modos diferentes. Si alguna vez lo encontrásemos, muchas, pero muchas cosas buenísimas serían posibles, entre ellas una buena historiografía y un buen código popular.

CAPÍTULO XI

Conclusión.

Resumiré ahora brevemente los puntos acerca de los cuales mi opinión está de acuerdo con la de los defensores de un Código y los puntos respecto de los que disentimos.

En cuanto al fin, estamos de acuerdo: queremos la fundación de un derecho no dudoso, seguro contra las usurpaciones de la arbitrariedad y los asaltos de la injusticia; este derecho ha de ser común para toda la nación y han de concentrarse en él todos los esfuerzos científicos. Para este fin desean ellos un Código, con el cual sólo una mitad de Alemania alcanzaría la anhelada unidad, mientras la otra mitad quedaría aún más separada. Por mi parte, veo el verdadero medio *en una organización progresiva de la ciencia del Derecho*, la cual puede ser común á toda la nación.

En cuanto al juicio que nos merece la situación actual, estamos completamente de acuerdo: le consideramos unánimemente como defectuosa. Pero ellos ven la causa del mal en las fuentes del derecho y estiman como buen remedio un Código, mientras por mi parte encuentro el mal en nosotros mismos; y por tanto, creo

que no estamos en condiciones adecuadas de proceder á una codificación.

A este propósito vienen muy bien las siguientes palabras de uno de los más insignes alemanes del siglo XVI. (1)

«Nam mihi, aspiciente legum libros et cognita pericula Germaniae, saepe totum corpus cohorrescit, cum reputo quanta incommoda secutura sint, si Germania propter bella amitteret hanc eruditam doctrinam juris et hoc curiae ornamentum... Non igitur deterreamur periculis, non frangamur animis... nec possessionem studii nostri deseramus.—Itaque Deus flectat animos principum ac potentum ad hujus doctrinae conservationem, magnopere decet optâre bonos et prudentes. Nam, hac remota, nec dici potest quanta in aulis tyranni, in judiciis barbaries, denique confussio in tota civili vita secutura esset: quam ut Deus prohibeat, ex animo petamus.»

(1) Melanchton: *Oratio et dignitate legum* (in select-declamat.), T. I. Servestae, 1587, p. 247. y *Orat. de vita Irnerii et Bartoli*, T. II, p. 411.

INDICE

ORIGEN DE LA FAMILIA

DE LA

PROPIEDAD PRIVADA Y DEL ESTADO

POR

FEDERICO ENGELS

Precio, **seis pesetas.**

CRÍTICA PENAL

ESTUDIO DE

FILOSOFÍA JURÍDICA

POR

MANUEL CARNEVALE

Precío: **cinco pesetas.**

¿Académicas?

Folleto atribuido á varios escritores ilustres, por la sal y pimienta con que está escrito. Precio, en las principales librerías, **una peseta.**

ECONOMIA POLITICA

POR

NEUMANN, KLEINWACHTER, NASSE, WAGNER, MITHOF Y LEXIS

Versión española del alemán precedida de un estudio sobre el concepto y relaciones de la ciencia económica

ADOLFO A. BUYLLA Y G. ALEGRE

Profesor y Decano en la Universidad de Oviedo.

Precio: **doce pesetas.**

Aguanno.—La Génesis y la Evolución del Derecho Civil, 15 pesetas.—La Reforma integral de la legislación Civil (segunda parte de La Génesis). 4 pesetas.
Alcofurado.—Cartas amatorias, 3 pesetas.
Araujo Sánchez.—Goya, 3 pesetas.
Arenal.—El Derecho de Gracia, 3 pesetas. —El visitador del preso, 3 pesetas.—El Delito Colectivo, 1,50.
Asser.—Derecho Internacional privado, 6 pesetas.
Buylla, Neumann, Kleinwachter, Narse, Wagner, Mithof y Lexis. —Economía, 12 pesetas.
Carnevale.—Filosofía jurídica, 5 pesetas.—La Cuestión de la pena de muerte, 3 ptas.
Dorado Montero.—Problemas jurídicos contemporáneos, 3 pesetas.
Engels.—Origen de la familia, de la propiedad privada y del Estado, 6 pesetas.
Fouillée.—Novísimo concepto del Derecho en Alemania, Inglaterra y Francia, 7 pesetas. —La Ciencia social contemporánea, 8 pesetas —Historia de la Filosofía, 2 tomos, 12 pesetas.
Garofalo.—La Criminología, 10 pesetas.—Indemnización á las víctimas del delito, 4 pesetas.
Gladstone.—Los Grandes nombres, 5 ptas.
Goncourt.—Historia de María Antonieta, 7 pesetas.
González.—Derecho usual, 5 pesetas.
Goschen.—Teoría sobre los cambios extranjeros, 7 pesetas.
Grave.—La Sociedad futura, 8 pesetas.
Gross.—Manual del Juez, 12 pesetas.
Gumplowicz.—Derecho político filosófico, 10 pesetas.—Lucha de razas, 8 pesetas.
Guyau.—La Educación y la herencia, 8 pesetas.
Hunter.—Sumario de Derecho romano, 4 pesetas.
Ihering.—Cuestiones jurídicas, 5 pesetas.
Kells Ingram, Historia de la Economía Política, 7 pesetas.
Kochs, Hirsch, Stokvis y Würzburg. —Estudios de Higiene general, 3 pesetas.
Lange.—Luis Vives, 2,50 pesetas.
Laveleye, Economía política, 7 pesetas.
Lombroso, Ferry, Garofalo y Fioretti.—La Escuela Criminológica Positivista, 7 pesetas.
Martens.—Derecho Internacional, 3 tomos, 22 pesetas.
Meyer.—La Administración y la organización administrativa en Inglaterra, Francia, Alemania y Austria. Introducción y exposición de la Organización administrativa en España, por Adolfo Posada, 5 pesetas.
Miraglia.—Filosofía del Derecho, dos tomos. 15 pesetas.
Neumann.—Derecho Internacional público moderno, 6 pesetas.
Posada.—La Administración política y la Administración social, 5 pesetas.
Renán.—Estudios de Historia Religiosa, 8 pesetas.—Vida de los Santos, 6 pesetas.
Ricci.—Tratado de las pruebas, dos tomos, 20 pesetas.
Rogers.—Sentido económico de la Historia, 10 pesetas.
Schopenhauer—Fundamento de la moral, 5 pesetas.
Sighele.—El Delito de dos, 4 pesetas —La Muchedumbre delincuente, 4 pesetas.—La Teoría positiva de la complicidad, 5 pesetas.
Spencer.—La Justicia, 7 pesetas.—La Moral, 7 pesetas.—La Beneficencia, 6 pesetas. —Las Instituciones eclesiásticas, 6 pesetas. —Instituciones sociales, 7 pesetas.—Instituciones políticas, dos tomos, 12 pesetas.—El Organismo social, 7 pesetas.—El Progreso, 7 pesetas. — Exceso de legislación, 7 pesetas.—De las Leyes en general, 8 pesetas. —Etica de las prisiones, 10 pesetas.
Stahl.—Historia de la Filosofía del Derecho, 12 pesetas.
Sumner-Maine.—El Antiguo Derecho y la costumbre primitiva, 7 pesetas. — La Guerra, según el Derecho internacional, 4 pesetas.—Historia del Derecho, 8 pesetas. —Las instituciones primitivas, 7 pesetas.
Supino.—Derecho Mercantil, 12 pesetas.
Taine.—Historia de la literatura inglesa contemporánea, 7 pesetas.—Los orígenes de la historia de la literatura inglesa, 7 pesetas.
Tarde.—Las Transformaciones del Derecho, 6 pesetas.—El Duelo y el delito político, 3 pesetas. — La Criminalidad comparada, 3 pesetas.—Estudios penales y sociales, 7 ptas.
Varios autores—(Aguanno, Altamira, Aramburu, Arenal, Buylla, Carnevale, Dorado, Fioretti, Ferri, Lombroso, Pérez Oliva, Posada, Salillas, Sanz y Escartín, Simó, Tarde, Torres Campos y Vida).—*La Nueva Ciencia jurídica*, dos tomos, 15 pesetas. Contiene grabados.
Idem.—(Aguanno, Alas, Azcárate, Bances, Benito, Bustamante, Buylla, Costa, Dorado, F. Pello, F. Prida, García Lastra, Gide, Giner de los Ríos, González Serrano, Gumplowicz, López Selva, Menger, Pedregal, Pella y Forgás, Posada, Rico, Richard, Sela, Uña y Sarthou, etc.)—*El Derecho y la Sociología contemporáneos*, 12 pesetas.
Idem.—Novelas y Caprichos, 3 pesetas.
Vivante.—Derecho Mercantil, 10 pesetas.
Wolf.—La Literatura castellana y portuguesa, con notas de M. M. y Pelayo, 7 pesetas.

COLECCION DE LIBROS ESCOGIDOS Á TRES PESETAS TOMO

1. Tolstoy, La Sonata de Kreutzer.
2. Barbey d'Aurevilly, El Cabecilla.
3. Tolstoy, Marido y mujer.
4. Wagner, Recuerdos de mi vida.
5. Tolstoy, Dos generaciones.
6. Goncourt, Querida.
7. Tolstoy, El Ahorcado.
8. Turgeneff, Humo.
9. Zola, Las Veladas de Médan.
10. Tolstoy, El Príncipe Nekhli.
11. Goncourt, Renata Mauperin.
12. Barbey, El dandismo.
13 y 14. Daudet, Jack.
15. Tolstoy, En el Cáucaso.
16. Turguenef, Nido de hidalgos.
17. Zola, Estudios literarios.
18. Cherbuliez, Miss Rovel.
19. Renán, Mi infancia y mi juventud.
20. Tolstoy, La Muerte.
21. Goncourt, Germinia Lacerteux.
22. Daudet, La Evangelista.
23. Zola, La Novela exprimental.
24. Flaubert, Un corazón sencillo.
25. Turguenef, El Judío.
26. Cherbuliez, La Tema de Juan Tozudo.
27. Stuart Mill, Mis memorias.
28 y 29. Macaulay, Estudios jurídicos.
30. Zola, Mis odios.
31. Dostoyuski, La Casa de los muertos.
32. Zola, Nuevos estudios literarios.
33. Dostoyuski, La Novela del presidio.
34. Tolstoy, El Sitio de Sebastopol.
35. Zola, Estudios críticos.
36 y 37. Campe, Historia de América.
38. Daudet, El Sitio de París.
39. Asensio, Pinzón.
40. Cherbuliez, Amores frágiles.
41. Heine, Memorias.
42. Ferri, Antropología criminal.
43. Ibsen, Casa de muñeca.
44. Goncourt, La Elisa.
45. Lombroso, Antropología y psiquiatría.
46. Daudet, Novelas del lunes.
47. Turguenef, El Rey Lear de la Estepa.
48. Tolstoy, Los Cosacos.
49. Sainte-Beuve, Tres mujeres.
50 y 51. Zola, El Naturalismo en el teatro.
52. Tolstoy, Iván el Imbécil.
53. Ibsen, Los Aparecidos.
54. Balzac, Eugenia Grandet.
55. Ramillete de cuentos.
56 y 57. Renán, Memorias íntimas.
58. Caro, El Pesimismo en el siglo XIX.
59. Daudet, Cartas de mi molino.
60. Turguenef, Un Desesperado.
61. Goncourt, La Faustín.
62. Balzac, Papá Goriot.
63. Tolstoy, El Canto del cisne.
64. Coppée, Un idilio.
65. Caro, El Suicidio y la civilización.
66. Taine, Filosofía del arte.
67 y 68. Zola, Los Novelistas naturalistas.
69. Campoamor, Ternezas y flores.—Ayes del alma.—Fábulas.
70. Sofía Gay, Salones célebres.
71. Tolstoy, El Camino de la vida.
72. Lombroso, El Hipnotismo.
73. Ferri, Nuevos estudios de antropología.
74. Taine, La Pintura en los Países Bajos.
75. Tolstoy, Placeres viciosos.
76. Balzac, Ursula Mirouet.
77. Tolstoy, El Dinero y el trabajo.
78. Schopenhauer, Estudios escogidos.
79. Campoamor, Doloras y humoradas.
80. Turguenef, Primer amor.
81. Tolstoy, El Trabajo.
82. Tesoro de cuentos.
83. Lombroso, Aplicaciones judiciales y médicas.
84. Sardou, La Perla negra.
85. Tolstoy, Mi confesión.
86 y 87. Zola, El Doctor Pascual.
88. Kropotkin, La Conquista del pan.
89. Turguenef, Aguas primaverales.
90. Tolstoy, Los Hambrientos.
91. Cherbuliez, Paula Meré.
92. Ferrán, Obras completas.
93. Cherbuliez, Meta Holdenis.
94. Tolstoy, ¿Qué hacer?
95. Idem, Lo que debe hacerse.
96. Taine, El Arte en Grecia.
97. Turguenef, Demetrio Rudin.
98. Gautier, Las Bombas prusianas.
99. Lubbock, La Vida dichosa.
100. Daudet, Tartarín en los Alpes.
101. Taine, El Ideal en el arte.
102. Caro, Costumbres literarias.
103. Taine, Nápoles.
104 y 105. Idem, Roma.
106. Idem, Florencia.
107. Idem, Venecia.
108. Idem, Milán.
109. Tarde Estudios penales y sociales.
110 Barbey d'Aurevilly, Venganza de una mujer.
111. Balzac, César Birotteau.
112. Idem, La Quiebra de César Birotteau.
113. Tolstoy, Mi infancia.
114. Arnold, La crítica en la actualidad.
115. Tolstoy, Fisiología de la guerra.
116. Varios autores, Cuentos escogidos.
117. Tolstoy. La Escuela de Yasnaia Poliana.
118. P. Merimée, Colomba.
119. Ibsen, La Dama del mar y Un enemigo del pueblo.
120. Barbey, Las Diabólicas.
121. Gautier, Nerval y Baudelaire.
122. Sainte-Beuve, Retratos de Mujeres.
123. Turguenef, El Reloj.
124. Barbey d Aurevilly Una historia sin nombre.
125. Daudet, Cuentos y fantasías.
126. Tolstoy, Mi juventud.
127. Caro, Littré y el Positivismo.
128. Zola, Los Hombros de la marquesa.
129. Goncourt, La Señora Gervaisais.
130. Baudelaire, Los Paraíso artificiales.
131. D'Aurevilly, La Hechizada.
132. Gautier, Madama de Girardin y Balzac.
133. Mis perlas, por Merimée.
134. Tcheng-Ki-Tong, La China contemporánea.
135. Lombroso, Ultimos progresos de la Antropología.
136. Stendhal, El Amor.
137. Turguenef, Padres é hijos.
138. Stendhal, Curiosidades amatorias.
139. Turguenef, La Guillotina.
140. Caro, El Derecho y la fuerza.

BIBLIOTECA DE JURISPRUDENCIA FILOSOFÍA E HISTORIA

Aguanno.—La Génesis y la Evolución del Derecho Civil, 15 pesetas.—La Reforma integral de la legislación Civil (segunda parte de La Génesis), 4 pesetas.
Alcofurado.—Cartas amatorias, 3 pesetas.
Araujo Sánchez.—Goya, 3 pesetas.
Arenal.—El Derecho de Gracia, 3 pesetas.—El visitador del preso, 3 pesetas.—El Delito Colectivo, 1,50.
Asser.—Derecho Internacional privado, 6 pesetas.
Buylla, Neumann, Kleinwachter, Narse, Wagner, Mithof y Lexis.—Economía, 12 pesetas.
Carnevale.—Filosofía jurídica, 5 pesetas.—La Cuestión de la pena de muerte, 3 ptas.
Dorado Montero.—Problemas jurídicos contemporáneos, 3 pesetas.
Engels.—Origen de la familia, de la propiedad privada y del Estado, 6 pesetas.
Fouillée.—Novísimo concepto del Derecho en Alemania, Inglaterra y Francia, 7 pesetas. — La Ciencia social contemporánea, 8 pesetas.—Historia de la Filosofía, 2 tomos, 12 pesetas.
Garofalo.—La Criminología, 10 pesetas.—Indemnización á las víctimas del delito, 4 pesetas
Gladstone.—Los Grandes nombres, 5 ptas.
Goncourt.—Historia de María Antonieta, 7 pesetas.
González.—Derecho usual, 5 pesetas.
Goschen.—Teoría sobre los cambios extranjeros, 7 pesetas.
Grave.—La Sociedad futura, 8 pesetas.
Gross.—Manual del Juez, 12 pesetas.
Gumplowicz.—Derecho político filosófico, 10 pesetas.—Lucha de razas, 8 pesetas.
Guyau.—La Educación y la herencia, 8 pesetas.
Hunter.—Sumario de Derecho romano, 4 pesetas.
Ihering.—Cuestiones jurídicas, 5 pesetas.
Kells Ingram, Historia de la Economía Política, 7 pesetas.
Kochs, Hirsch, Stokvis y Würzburg.—Estudios de Higiene general, 3 pesetas.
Lange.—Luis Vives, 2,50 pesetas.
Laveleye, Economía política, 7 pesetas.
Lombroso, Ferry, Garofalo y Fioretti.—La Escuela Criminológica Positivista, 7 pesetas.
Martens.—Derecho Internacional, 3 tomos, 22 pesetas.
Meyer.—La Administración y la organización administrativa en Inglaterra, Francia, Alemania y Austria. Introducción y exposición de la Organización administrativa en España, por Adolfo Posada, 5 pesetas.
Miraglia.—Filosofía del Derecho, dos tomos. 15 pesetas.
Neumann.—Derecho Internacional público moderno, 6 pesetas.
Posada.—La Administración política y la Administración social, 5 pesetas.
Renán.—Estudios de Historia Religiosa, 6 pesetas.—Vida de los Santos, 6 pesetas.
Ricci.—Tratado de las pruebas, dos tomos, 20 pesetas.
Rogers.—Sentido económico de la Historia, 10 pesetas.
Schopenhauer.—Fundamento de la moral, 5 pesetas.
Sighele.—El Delito de dos, 4 pesetas.—La Muchedumbre delincuente, 4 pesetas.—La Teoría positiva de la complicidad, 5 pesetas.
Spencer.—La Justicia, 7 pesetas.—La Moral, 7 pesetas.—La Beneficencia, 6 pesetas.—Las Instituciones eclesiásticas, 6 pesetas.—Instituciones sociales, 7 pesetas.—Instituciones políticas, dos tomos, 12 pesetas.—El Organismo social, 7 pesetas.—El Progreso, 7 pesetas.—Exceso de legislación, 7 pesetas.—De las Leyes en general, 8 pesetas.—Etica de las prisiones, 10 pesetas.
Stahl.—Historia de la Filosofía del Derecho, 12 pesetas.
Sumner-Maine.—El Antiguo Derecho y la costumbre primitiva, 7 pesetas.—La Guerra, según el Derecho internacional, 4 pesetas.—Historia del Derecho, 8 pesetas.—Las instituciones primitivas, 7 pesetas.
Supino.—Derecho Mercantil, 12 pesetas.
Taine.—Historia de la literatura inglesa contemporánea, 7 pesetas.—Los orígenes de la historia de la literatura inglesa, 7 pesetas.
Tarde.—Las Transformaciones del Derecho, 6 pesetas.—El Duelo y el delito político, 3 pesetas.—La Criminalidad comparada, 3 pesetas.—Estudios penales y sociales, 8 ptas.
Varios autores.—(Aguanno, Altamira, Aramburu, Arenal, Buylla, Carnevale, Dorado, Fioretti, Ferri, Lombroso, Pérez Oliva, Posada, Salillas, Sanz y Escartín, Silió, Tarde, Torres Campos y Vida).—*La Nueva Ciencia jurídica*, dos tomos, 15 pesetas. Contiene grabados
Idem.—(Aguanno, Alas, Azcárate, Bances, Benito, Bustamante, Buylla, Costa, Dorado, F. Pello, F. Prida, García Lastra, Gide, Giner de los Ríos, González Serrano, Gumplowicz, López Selva, Menger, Pedregal, Pella y Forgás, Posada, Rico, Richard, Sela, Uña y Sarthou, etc.)—*El Derecho y la Sociología contemporáneos*, 12 pesetas.
Idem.—Novelas y Caprichos, 3 pesetas.
Vivante.—Derecho Mercantil, 10 pesetas.
Wolf.—La Literatura castellana y portuguesa, con notas de M. M. y Pelayo, 7 pesetas.

LA ESPAÑA MODERNA

AÑO VIII

Esta publicación ve la luz el día 1.º de cada mes en tomos en 4.º de más de 200 páginas, escrita por los mejores publicistas españoles. Publica en todos los números una sección con el título de *La Prensa Internacional*, en la cual se incluyen, íntegros ó extractados, los artículos de la prensa de todo el mundo que más hayan llamado la atención durante el mes.

CONDICIONES DE SUSCRICIÓN

En España, seis meses, **diez y siete pesetas**; un año, **treinta pesetas.**—En las demás naciones europeas y americanas, y en las posesiones españolas, un **año**, **cuarenta francos**, enviando el importe á esta Administración en letras sobre Madrid, París y Londres.—Todas las suscriciones deben partir de Enero de cada año. A los que se suscriban después se les entregarán los números atrasados.—Se suscribe en la Cuesta de Santo Domingo, 16, principal, Madrid.

Director: J. LÁZARO

OBRAS NUEVAS

Lógica de las pruebas en materia criminal, por Framerino dei Malatesta.—**Hacienda pública**, por Bujlla.—**Derecho penal**, por Merkel.—**La Legitima defensa**, por Fioretti.—**El Procedimiento penal y su desarollo cientifico**, por Manduca.—**Tratado de Fisica**, por Balfour.—**El Mundo como voluntad y como representación**, por Schopenhauer.—**La Superstición socialista**, por Garofalo.

1,568.—AVRIAL, IMP. San Bernardo, 92.